Direitos Autorais sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais Constitucionais

Organizadores:

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

Autores:
Antonio Carlos Morato, Claudio Lins de Vasconcelos,
Gustavo Binenbojm, João Carlos Muller Chaves,
Luis Felipe Salomão e Marcelo Goyanes

Direitos Autorais sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais Constitucionais

Organizadores:

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

Autores:
Antonio Carlos Morato, Claudio Lins de Vasconcelos,
Gustavo Binenbojm, João Carlos Muller Chaves,
Luis Felipe Salomão e Marcelo Goyanes

Brasília 2014

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Diretora-Geral
Dalide Barbosa Alves Corrêa
Diretora-Geral da Escola de Direito de Brasília
Maria de Fátima Pessoa de Mello Cartaxo
Diretor de Pesquisas e Projetos
Ricardo Morishita Wada
Assessora Jurídica
Polliana Cristina de Oliveira

Ficha Técnica

Coordenação Editorial
Katia Cubel (Engenho Criatividade e Comunicação)
Polliana Cristina de Oliveira
Produção Editorial
Jaciara de Morais Ferreira
Karin Andressa Lisboa Nunes
Maria Clara Amaral Avelar Nascimento
Revisão
Priscila Cristina Cavalcante de Oliveira
Projeto Gráfico e Diagramação
Marja de Sá

Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública (3. : 2013 :
Brasília, DF).
III Seminário internacional de direito administrativo e administração pública: gestão pública - inovações, eficiência e cooperação no âmbito da administração pública. / Organizadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília: IDP, 2014.
148p.
ISBN: 978-85-65604-45-1
DOI 10.11117/978865604437
Disponível em: <http:idp.edu.br/publicações/portal_de_ebooks>
1.Direito Administrativo. 2. Administração Pública. 3. Administração Pública, Cooperativismo. 4. Administração Pública, Políticas Públicas. I. Título. II. Gilmar Ferreira Mendes. III. Paulo Gustavo Gonet Branco.

CDD 341.312

Para mais informações, entre em contato por meio do endereço eletrônico ***juridico@idp.edu.br***

Nota dos Editores

Esta publicação é resultado dos Direitos Autorais sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais constitucionais, realizado pelo IDP Cursos e Projetos, no dia 26 de novembro de 2013, na sede do IDP, em Brasília. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados com base no conteúdo das palestras proferidas durante o Seminário ou a partir de suas degravações, adotando-se as devidas adaptações para a forma escrita. Neste último caso, foi opção dos editores preservar a fala dos participantes, mantendo o tom da oralidade e o conteúdo conforme expresso à ocasião.

Prefácio

Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal e Coordenador científico do evento*

Antes de o nefando atentado ao semanário francês Charlie Hebdo indignar o mundo – colocando definitivamente em pauta o debate sobre o direito à manifestação de pensamento, à autoria vis-a-vis à liberdade de expressão individual e coletiva –, o Instituto Brasiliense de Direito Público já se debruçava seriamente sobre temática crucial à sobrevivência democrática de qualquer sociedade.

De fato, ainda nos idos de 2013, o IDP, em afortunada iniciativa, promovia o Seminário sobre Direito Autoral, que reuniu alguns dos mais proeminentes especialistas no assunto, visando esclarecer – e, ao fim, desatar – os nós górdios que tanta dissensão vem trazendo à comunidade acadêmica, jurídica e artística nacional, sobretudo depois que interpretação semântica e bastante restritiva dos artigos 20 e 21 do atual Código Civil permitiu sujeitar a livre manifestação de autores e historiadores ao direito potestativo dos biografados e respectivos herdeiros.

Tão produtivas foram as palestras então proferidas que, obviamente, publicá-las deixou de ser mera faculdade para se tornar obrigação, inclusive acadêmica. Vale repetir que uma das missões da qual o IDP mais se orgulha está em não só produzir mas também disseminar conhecimento de qualidade.

Nos três capítulos que compõem esta obra coletiva, o leitor há de deparar com gama de informação substancial que o habilitará a posicionar-se corretamente mesmo quando, para muito além da seara jurídica ou legislativa, o debate bordejar os limites da ética ou da pura filosofia.

Já no primeiro capítulo, Gustavo Binenbojm e Claudio Lins Vasconcelos dissecam a polêmica em torno das biografias não autorizadas, situando a discussão onde realmente deve permanecer: tem o

---

*Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Adjunto da Universidade de Brasília. Docente Permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito. Professor Visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Colaborador do Centro de Investigação de Direito Público e Membro de corpo editorial da Revista de Derecho Constitucional Europeu (Internet). Doutorado em Direito pela Westfälische Wilhelms - Universität Münster (1990). Mestrado em Direito pela Westfälische Wilhelms - Universität Münster (1989). Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987). Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978).

individuo o monopólio sobre a narrativa de sua própria trajetória de vida, ainda que esse trajeto, pela dimensão pública que tomou, confunda-se com o percurso da história coletiva dos brasileiros?

Logo em seguida o enfoque recai sobre a violação dos direitos de propriedade intelectual, e o Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, presenteia-nos com verdadeira aula, mormente quando discorre acerca dos avanços tecnológicos em vista do direito à propriedade intelectual, trazendo a lume também acabado compêndio da jurisprudência mais recente daquela Corte. Marcelo Goyanes completa o painel, colocando a dispor do público a impagável experiência de quem lida com a matéria desde a implantação das modernas tecnologias de informação no País.

Antonio Carlos Morato e João Carlos Muller Chaves, dois dos mais renomados especialistas em Direito Autoral, encerram a obra, contrapondo, entre os temas sobre os quais se debruçam, a liberdade de expressão à liberdade de criação.

Ao fim, quer se tratando de estudioso no assunto, quer de apaixonado diletante, o leitor há de finalizar a obra compreendendo e defendendo o direito irrenunciável à construção da memória coletiva do País – que, em nenhum caso, pode aceitar o risco de uma história chapa-branca, contada por seres míticos fornidos por indelével e desmensurada vaidade. Afinal de contas, como dizia aqueloutro poeta que queria ver o sol raiar sem pedir licença à Ditadura, não se pode desejar a volta dos métodos de quem "inventou de inventar toda a escuridão". Essa pirueta, nem por ironia, a História não dará.

Boa leitura a todos!

Sumário

Apresentação

Paulo Gustavo Gonet Branco*

Para discutir os paradigmas de uma era singularizada pelo acelerado e livre fluxo de informações, o Instituto Brasiliense de Direito Público promoveu, em parceria com as Organizações Globo, em novembro de 2013, o seminário Direito Autoral em Debate. O evento contou com a participação de especialistas da indústria de comunicação, de autoridades do Poder Judiciário e de professores experientes na temática da propriedade intelectual.

Foi possível reunir pesquisadores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade de São Paulo (USP), e do Instituto Brasiliense de Direito Público, bem como a experiência dos profissionais diretamente envolvidos com as questões de Direitos Autorais no Brasil, como ministros do Superior Tribunal de Justiça, membros da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI), e advogados da indústria musical.

A temática das biografias não autorizadas, da violação dos direitos de propriedade intelectual, da responsabilidade dos provedores de Internet, da liberdade de expressão e dos seus limites conferiu o tônus de todo o evento e inspirou os autores desta coletânea, que certamente contribuirá para alargar o debate de interesse extensivo a todos os segmentos da nossa sociedade.

Acreditamos que esta obra certamente propiciará novas reflexões sobre os direitos autorais em suas múltiplas interações jusfundamentais; daí o nosso empenho em torná-la prontamente acessível a todos. Vale a nota de que os textos reunidos são produto de convênio entre o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade de São Paulo (USP).

Boa Leitura!

---

*Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1982), mestrado em Direitos Humanos - University of Essex (1990) e doutorado em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2008). Atualmente é professor da Escola Superior do Ministério Público do DF e Territórios, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público, coordenador do mestrado acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público e Subprocurador-Geral da República (Ministério Publico Federal). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, jurisprudência do STF, Controle de Constitucionalidade, Inconstitucionalidade Lei Efeitos e Problemas Constitucionais em Geral.

Capítulo 1

Biografias Não Autorizadas

AUTOBIOGRAFIAS E HETEROBIOGRAFIAS

Liberdade de expressão, pluralismo e direito à informação

Gustavo Binenbojm*

1. Introdução

O debate que se instaurou no Brasil sobre a possibilidade de publicação de obras biográficas sem o consentimento dos personagens biografados tem sido pautado por uma falsa dicotomia entre liberdade de expressão e direito à privacidade. Não é disto que se trata. A questão é mais singela do que um suposto dilema filosófico entre a livre circulação de ideias e informações e a soberania do indivíduo sobre sua vida privada.

O problema em discussão é o seguinte: o indivíduo tem o monopólio sobre a narrativa da sua trajetória de vida? Segundo a interpretação mais evidente que decorre do art. 20 do Código Civil, a resposta é afirmativa. Ao exigir a prévia autorização do biografado, ou de seus herdeiros, para a divulgação de escritos a seu respeito, a lei brasileira acabou por criar um veto peremptório, em tudo e por tudo semelhante à censura oficial. Note-se que não se está aqui a cogitar o conteúdo da obra; a autorização pode ou não ser concedida ao inteiro alvedrio do personagem retratado, sem relação necessária com a proteção de sua intimidade. Cuida-se apenas do agrado ou desagrado do protagonista dos fatos com a versão do biógrafo.

A Ditadura Varguista impôs aos intelectuais brasileiros a produção de biografias oficiais do Presidente, censurando, por evidente, as versões alternativas. A Ditadura Militar impôs o estudo de História em livros autorizados, que continham a versão oficial dos fatos políticos pós-64. Era como se a ditadura não se bastasse em ser protagonista dos fatos, arrogando-se também proprietária exclusiva das versões que chegariam ao conhecimento público.

O Código Civil de 2002, editado já na plena vigência da Constituição democrática de 1988, criou um monopólio das autobiogra-

*Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1994), Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000), Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (2003) e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006). Atualmente é Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Cursos de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, é Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado

fias no País. Salvo com o beneplácito, quase sempre oneroso e parcial do biografado, as heterobiografias são um gênero virtualmente banido entre nós. Além das cifras vultosas negociadas muitas vezes por puro interesse argentário, a lei em vigor gera ao menos dois outros efeitos nocivos ao chamado livre mercado de ideias: (I) um efeito silenciador, que condena anos e anos de pesquisas sérias e responsáveis dos autores aos escaninhos das editoras; (II) um efeito de distorção dos fatos, resultante da filtragem de documentos e depoimentos pelo crivo do biografado. Não há como compatibilizar a exigência de prévia autorização com um sistema constitucional que assegura a liberdade de criação intelectual e artística, independentemente de censura ou licença. Por igual ou maior razão, o direito à informação do público, assegurado na Constituição como um direito difuso da cidadania, resta também manietado. Afinal, a história da vida de figuras públicas é parte integrante da historiografia social. Contá-la e conhecê-la é uma forma de controle social sobre o poder e a influência que tais figuras exercem sobre todos os cidadãos.

Neste breve estudo, apresento uma apertada síntese das razões de índole constitucional que impõem a liberação das heterobiografias no Brasil.

2. O cotejo entre os artigos 20 e 21 do Código Civil e a Constituição de 1988

O problema em análise envolve os artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), cuja abertura textual tem dado ensejo à proibição de biografias não autorizadas pelas pessoas cuja trajetória é retratada nas obras. Com efeito, por força da interpretação que vem sendo dada aos referidos dispositivos legais pelo Poder Judiciário brasileiro, a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes, ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas.

Confira-se a dicção literal dos dispositivos legais em questão:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
>
> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os dispositivos legais em questão, em sua amplitude semântica, não se coadunam com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação. Com efeito, a dicção que lhes foi conferida acaba dando ensejo à proliferação de uma espécie de censura privada que é a proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas.

Por evidente, as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita.

Sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir a prévia autorização do biografado, ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida, importa consagrar uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e ao direito à informação de todos os cidadãos.

Em que pese o pretenso propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (Constituição Federal, art. 5º, incisos IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, inciso XIV).

De fato, a exigência de prévia autorização do biografado, ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida, acarreta vulneração da garantia da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, que o constituinte originário assegurou de forma plena, independentemente de censura ou licença.

As figuras públicas, ao adquirirem posição de visibilidade social, têm inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato histórico e às biografias literárias, dramatúrgicas e audiovisuais. Quanto a essas, por evidente, não há qualquer dúvida quanto à desnecessidade de seu consentimento para a elaboração de obras biográficas a seu respeito. A rigor, entretanto, a nenhuma pessoa, anônima ou conhecida, é conferido o direito de impedir a publicação ou a veiculação de obras biográficas, pelo simples fato de serem nelas retratadas. Com efeito, embora superada a fase da censura estatal, submeter a livre manifestação de autores e historiadores ao direito potestativo dos personagens biografados, ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas, configuraria verdadeira censura privada, igualmente banida pela Constituição de 1988.

Por tais razões, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade tendo por finalidade obter decisão que declare a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a fim de afastar do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de consentimento do biografado e, *a fortiori*, de outras pessoas retratadas como coadjuvantes, ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas, para a publicação ou veiculação de obras biográficas.

3. Da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil

Não é possível negar, nem poderia ser diferente, o *status* constitucional e a relevância social da proteção da vida privada e da intimidade das pessoas, asseguradas no art. 5º, inciso X da Constituição Federal. O que se discute é a constitucionalidade de dispositivos legais que, em sua amplitude semântica e abrangência protetiva, acabam por solapar as liberdades de expressão e de informação, reduzindo sua eficácia praticamente a zero.

Note-se que, em sua literalidade, os artigos 20 e 21 do Código Civil poderiam dar ensejo a restrições até mesmo à livre divul-

gação de informações pela Imprensa, tendo em vista a previsão, incondicional e ilimitada, da necessidade de prévia autorização do retratado em qualquer publicação, exposição ou utilização da imagem da pessoa por veículos de comunicação social. De tão absurda, tal interpretação é afastada pela jurisprudência pátria, por manifestamente inconstitucional. De fato, seria bizarro que um político pudesse pretender impedir a publicação de matéria jornalística ilustrada com fotografia sua, obtida em espaço público. Por igual ou maior razão, seria também esdrúxula eventual pretensão de proibir a veiculação de matéria revelando aspectos da biografia de qualquer pessoa, notória ou anônima.

A necessidade da autorização do biografado, ou de seus familiares, como condição para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, decorre de uma interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que deve ser definitivamente afastada do ordenamento jurídico brasileiro, por incompatível com a sistemática constitucional de 1988. Por conta da interpretação extensiva que vem sendo conferida pelo Poder Judiciário a tais dispositivos, biografias têm sido proibidas, em nome da proteção de sua vida privada e em função da ausência de seu consentimento, ou de seus familiares, quando já falecida[1]. Em outras palavras, o Brasil é hoje um país onde somente as biografias chapa-branca têm vez.

Tal interpretação, que eleva a anuência do biografado ou de sua família à condição de verdadeiro direito potestativo, produz efeito devastador sobre o mercado editorial e audiovisual: escritórios de representação negociam preços absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria. Não se trata da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado, mas de uma disputa puramente mercantil, um verdadeiro leilão da história pessoal de vultos históricos, conduzido, muitas vezes, por parentes que jamais os conheceram.

Do ponto de vista da construção da memória coletiva, os efeitos deletérios da interpretação ora combatida são ainda mais graves. O País se empobrece pelo desestímulo a historiadores e autores em geral, que esbarram invariavelmente em familiares que formulam exigências financeiras cumulativas e, por vezes, contraditórias. Ademais, são igualmente graves as distorções provocadas por uma história contada apenas pelos seus protagonistas.

Os leitores atentos já devem ter observado como as biografias oficiais selecionam os fatos considerados relevantes, dando ênfase aos momentos de glória e suprimindo ou amenizando as situações menos abonadoras. Assim como ninguém é bom juiz de si próprio, ninguém costuma ser um biógrafo isento de si mesmo. Como lembra o historiador José Murilo de Carvalho, o epíteto de biografia autorizada confere à obra uma conotação de fraude, pois significa que o biógrafo reportou apenas o que passou pelo prévio crivo do biografado. Na prática, não há qualquer diferença significativa entre as biografias autorizadas e as autobiografias.

A ninguém é dado, por certo, cogitar de impedir a publicação das biografias autorizadas. Por mais que sejam laudatórias, representam a versão do personagem central dos fatos, cuja liberdade de expressão deve ser protegida. Em um mundo marcado pelo pluralismo de visões, o grave é condenar o leitor à ditadura da biografia única, aquela

ditada pelo biografado. Como preconizava Stuart Mill há cerca de 150 anos, o remédio para as distorções eventuais no exercício da liberdade de expressão não é a censura, mas a garantia de mais liberdade, para que as vozes dissonantes possam apresentar sua versão alternativa dos fatos. De igual modo, o melhor remédio contra más biografias é a liberdade para a publicação de boas biografias.

O ordenamento jurídico deve assegurar a publicação e a veiculação tanto das obras autorizadas pelos biografados como das elaboradas à sua revelia, ou mesmo contra a sua vontade, cabendo aos leitores e espectadores formar livremente as suas opiniões e convicções.

O ilustre Professor Gustavo Tepedino, titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, assim se manifestou sobre a correta interpretação a ser conferida aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em parecer que instruiu a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela ANEL:

> Os arts. 20 e 21 do Código Civil, ao tutelarem a imagem, privacidade e a honra das pessoas, hão de ser interpretados em conformidade com a Constituição da República, de modo a não sacrificarem o direito fundamental à informação e às liberdades de expressão e de pensamento. Exclui-se, assim, por inconstitucional, qualquer interpretação daqueles dispositivos legais que proíba as obras biográficas, literárias ou audiovisuais, de pessoas notórias sem prévia autorização dos biografados ou de seus familiares na hipótese de pessoa falecida. As biografias, com efeito, revelam narrativas históricas descritas a partir de referências subjetivas, isto é, do ponto de vista dos protagonistas dos fatos que integram a história. Tais fatos, só por serem considerados históricos, já revelam seu interesse público, em favor da liberdade de informar e de ser informado, da memória e da identidade cultural da sociedade.

Alguém poderá questionar qual a razão da preferência pela proteção das liberdades de expressão e de informação sobre a privacidade e a intimidade, se tais garantias estão igualmente asseguradas no texto Constitucional de 1988. A primeira razão é óbvia: as figuras públicas, ao adquirirem posição de visibilidade social, têm inseridas as suas vidas pessoais e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia coletiva, expondo-se ao relato histórico e às biografias. Como a história de vida dessas personalidades públicas se confunde com a história coletiva, a ninguém é dado cogitar de deter o poder de submeter versões e relatos históricos à sua visão pessoal. Em outras palavras, o círculo de proteção da privacidade e da intimidade das pessoas públicas é proporcionalmente mais estreito na razão inversa de sua notoriedade.

A segunda razão, complementar à primeira, tem a ver com a dupla dimensão da liberdade de expressão e do direito à informação. De um lado, são direitos subjetivos individuais, assegurados a todos os emissores de mensagens e criadores de conteúdo. De outro lado, representam um direito difuso da cidadania, essencial à construção de um aberto e robusto livre mercado de ideias e informações, próprio das democracias. Tal razão constitui fundamento bastante *per se* para afastar a necessidade de prévia autorização da parte de qualquer pessoa, seja ela notória ou desconhecida.

Tal entendimento tem guarida na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual a plena liberdade de expressão é instrumento constitucional

decisivo na formação da cidadania e no desenvolvimento democrático. Realmente, apesar da dificuldade de definição de democracia, parece intuitivo que integram o seu núcleo: (i) tanto a tutela da livre manifestação de opiniões e ideias por parte dos indivíduos, como direito subjetivo fundamental; (ii) como a promoção de um ambiente deliberativo potencialmente ativo e informado, que torne a condução da coisa pública expressão real da vontade do povo.

No que se refere à proteção da liberdade de expressão como direito individual, relacionado à sua autonomia privada e à livre manifestação do pensamento, dimensão libertária ou substantiva, é ilustrativo o acórdão proferido no *Habeas Corpus* n.º 83.996 ("Caso Gerald Thomas", STF, HC 83996, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17.08.2004, DJ 26.08.2005 p. 65). Naquela oportunidade, afastou-se uma alegada violação ao pudor público diante do amplo sentido que a Constituição conferiu à liberdade de expressão, ainda que supostamente obscena.

Em outra oportunidade, a Corte asseverou que a liberdade de expressão deve ser tutelada na medida em que constitui uma importante ferramenta de realização da democracia. Assim, acentuando a dimensão instrumental da liberdade de expressão, sem, contudo, descuidar da dimensão substantiva, o STF afirmou, expressamente, que o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, garantidos pela liberdade de imprensa em sentido amplo, constitui instrumento para a efetivação do pluralismo político e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito. É o que se extrai do acórdão proferido no julgamento da ADPF n.º 130, em que reconhecida a não recepção da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67):

> 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

Tem-se, portanto, que a liberdade de expressão e os direitos a ela associados, em qualquer de suas dimensões, são essenciais para o Estado democrático brasileiro, conforme desenhado na Constituição de 1988. Aliás, tamanha é a importância da liberdade de expressão na Constituição, que se sustenta tratar-se de um direito que ocupa posição preferencial. Segundo a doutrina

da posição preferencial, inicialmente desenvolvida nos Estados Unidos, mas atualmente aceita e aplicada por diversos tribunais de nações democráticas pelo mundo, inclusive no Brasil, a solução das colisões envolvendo liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolve, em princípio, em favor daquela.

O reconhecimento da posição preferencial decorre da centralidade do sistema de liberdade de expressão, enquanto garantia institucional constitutiva da democracia brasileira. Com efeito, não existe democracia, quer sob um viés estritamente procedimental, quer sob uma perspectiva substantiva, sem um sistema amplo de liberdade de expressão. Ora, tal posição preferencial das liberdades de expressão e informação sobre os demais direitos da personalidade assume ainda maior robustez no caso de pessoas públicas ou envolvidas em episódios de interesse público. Isto porque, em relação a tais pessoas, o âmbito de proteção da vida privada e da intimidade é naturalmente mais restrito, dada a dimensão pública preponderante de sua trajetória. Mas, ainda assim, a exigência do consentimento do biografado, em qualquer caso, é sempre incompatível com a sistemática constitucional da liberdade de expressão.

O condicionamento de obras biográficas ao consentimento do biografado, ou de seus familiares, sacrifica conceitualmente o direito fundamental à livre divulgação da informação pelos historiadores e biógrafos, assim como o direito à obtenção de informação, cuja titularidade pertence a todos os cidadãos. O princípio do pluralismo político, histórico e cultural, previsto no art. 1º, inciso V, da Constituição da República, também incide, na espécie, para afastar a necessidade da prévia autorização do biografado ou de outras pessoas retratadas em obras biográficas. Afinal, o monopólio da biografia autorizada representa, na prática, a antítese da ideia do pluralismo em relação às visões da história política, artística e social do país.

A desnecessidade de autorização da pessoa retratada é, por isso mesmo, a regra geral no direito comparado. Confira-se, pela proximidade com a cultura jurídica brasileira, o disposto no art. 79º do Código Civil português:

> Art. 79º (...) Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de fatos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

Assim, o Código Civil português resolve definitivamente a questão das biografias não autorizadas, alcançando, inclusive, a possibilidade de utilização da imagem do biografado para este e outros fins legalmente previstos. Com efeito, embora isto não seja essencial ao gênero, as biografias são ilustradas por fotos reais dos biografados. Vale ainda notar que a notoriedade do biografado é apenas um dos elementos sopesados pelo legislador lusitano para afastar a necessidade do seu prévio consentimento. Em qualquer outro caso, ainda quando retratada pessoa desconhecida do grande público, as finalidades científicas, didáticas ou culturais, são suficientes para afastar a necessidade da prévia autorização do biografado.

Solução semelhante, aliás, é preconizada no Enunciado nº 279 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da

Justiça Federal, elaborado a propósito da correta exegese a ser extraída do art. 20 do Código Civil brasileiro:

> 279 – Art.20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização comercial, informativa, biográfica, privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Por certo, a dispensa do consentimento prévio do biografado não confere ao biógrafo um *bill* de indenidade em casos de abuso de direito, caracterizado pelo uso doloso de informação sabidamente falsa e ofensiva à honra do biografado. Nestes casos, em juízo *a posteriori*, será eventualmente cabível a responsabilização civil e penal do biógrafo.

Não ensejará qualquer pleito indenizatório, todavia, a divulgação de informações verdadeiras, ainda que jocosas ou desabonadoras da imagem do biografado. Ou ainda de versões sobre fatos históricos controvertidos divergentes das defendidas pelo biografado e seus herdeiros, ou de opinião ou crítica a respeito do biografado. Em tais situações, o dano eventualmente causado à personalidade do biografado não é ressarcível, de vez que não pode ser considerado injusto, por decorrer do exercício regular e legítimo de direito: o direito constitucional à liberdade de expressão e de informação.

O mesmo raciocínio é aplicável às pessoas envolvidas em acontecimentos de interesse público, como se dá com as pessoas retratadas de passagem, nas biografias de pessoas notórias. De fato, não faria sentido uma filtragem prévia do grau de relevância dos fatos a serem suscetíveis de divulgação, assim como das pessoas que poderiam ou não ser mencionadas nas obras biográficas. Por evidente, estar-se-ia diante de uma forma de censura prévia das informações consideradas relevantes, o que não se compadece com o sistema constitucional das liberdades de expressão e informação, asseguradas independentemente de censura ou licença. A circunstância do envolvimento de alguém em acontecimentos de relevância pública a torna, por si só, suscetível de menção pela historiografia social e pelos relatos e versões biográficos das personagens centrais.

Como argutamente ilustra o Professor Gustavo Tepedino:

> Como contar a história do Primeiro Reinado sem levar em conta as relações extraconjugais do Imperador, relevantes para a compreensão dos costumes da época, das ligações entre a burguesia e a nobreza, do método de nomeação de autoridades e cargos públicos e assim por diante? Seria razoável condicionar a divulgação de cartas e documentos que retratam fielmente o relacionamento do Imperador com suas amantes e a Imperatriz à autorização dos descendentes da nobiliarquia brasileira? Seria possível cogitar-se de liberdade de expressão sem a ampla permissão constitucional para a publicação de tais biografias?

Um julgamento caso a caso, em relação às informações suscetíveis ou não de serem reportadas, representaria, certamente, a extinção do gênero das biografias não autorizadas, tendo em vista o alto grau de subjetividade do julgamento sobre a relevância de detalhes da vida de qualquer bio-

grafado. Mesmo diante do afastamento da necessidade do consentimento do biografado, eventual abertura para julgamentos caso a caso criaria óbice tão significativo quanto a própria autorização prévia.

Como se sabe, nos Estados Unidos da América, vige o *standard* segundo o qual quaisquer informações sobre figuras públicas ou pessoas envolvidas em eventos de interesse público podem ser divulgadas, pela Imprensa ou em biografias, sem a necessidade de autorização prévia dos biografados, de seus familiares ou do Poder Judiciário (*New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)).

Destarte, tem-se como demonstrada a incompatibilidade da exigência de prévia autorização do biografado, ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida, com a sistemática constitucional da liberdade de expressão e do direito à informação, quanto a qualquer pessoa, notória ou desconhecida, retratada como protagonista ou como mero coadjuvante, como condição para a publicação ou veiculação, de obras biográficas literárias ou audiovisuais.

Há que se enfrentar, por fim, o argumento da preservação da vida privada dos biografados. Isto porque para alguns juristas que entendem inconstitucional a exigência da prévia autorização do biografado, ou de seus familiares, caberia ainda ao Poder Judiciário realizar ponderações, em cada caso concreto, entre a relevância da informação contida na obra biográfica e a proteção das esferas de privacidade e intimidade dos personagens retratados.

Trata-se de um falso argumento. Ninguém está a defender a prática de atos ilícitos por parte de pesquisadores, historiadores ou escritores. Não se cogita da subtração de documentos reservados, da invasão de computadores que contenham dados sigilosos, da violação de comunicação privada, nem do ingresso em recintos domiciliares, que representam o asilo inviolável do indivíduo. O trabalho de pesquisa histórica se realiza no limite da legalidade, pelo resgate de depoimentos esquecidos, por entrevistas com pessoas envolvidas nos fatos em apuração, pela busca lícita de documentos em arquivos públicos ou privados. Ninguém tem direito à prática de condutas ilegais. Fatos íntimos permanecerão em sigilo desde que não sejam legalmente apurados ou voluntariamente revelados pelos detentores das informações.

Um ilustre jurista português me disse, certa vez, com aquele raciocínio literal e cortante que é próprio da cultura lusitana: "o anonimato é para os anônimos!". O raciocínio inverso não pode ser levado ao extremo, no entanto. É claro que pessoas públicas não têm a sua esfera de privacidade e intimidade reduzida a zero. Como todos nós, elas tomam decisões soberanas sobre as informações de sua vida privada que desejam tornar públicas ou manter sob reserva. Mas, como todos nós, elas não detêm controle absoluto sobre as informações que possam ser legalmente apuradas e reveladas sobre a sua vida. É neste sentido que as heterobiografias não representam qualquer vulneração à vida íntima ou privada de quem quer que seja.

4. Conclusão

Há projetos de lei tramitando no Congresso Nacional visando a corrigir essa anomalia criada pelos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2020. Urge que o Brasil acerte o passo com o mundo civilizado e libere o quanto antes a publicação de heterobiografias. A questão transcende a

esfera dos meros interesses econômicos de editoras e escritores ou historiadores. Em causa está o estágio atual de desenvolvimento da democracia brasileira e a nossa capacidade de cultivar valores políticos fundamentais como a tolerância, o pluralismo e as liberdades de informar e ser informado.

Não causa surpresa que os maiores opositores desses projetos tenham sido políticos de reputação duvidosa. Como regra, os opositores das biografias não autorizadas são aqueles que temem a sua própria biografia. Mas a correção legislativa é apenas um dos caminhos possíveis para solucionar o problema. Ainda que não haja alteração legislativa expressa, entendo que as biografias não autorizadas podem ser liberadas desde já. Basta para isso que se imprima ao Código Civil, em especial aos seus artigos 20 e 21, uma interpretação conforme à Constituição que reconheça a primazia das liberdades de manifestação do pensamento, de criação intelectual e artística e do direito à informação sobre a restrita esfera de privacidade e intimidade de pessoas públicas. Toda e qualquer informação verdadeira, obtida de forma lícita, poderá ser publicada, sem necessidade do prévio consentimento do biografado. Eventuais abusos, como o uso doloso de informação sabidamente falsa, poderão e deverão ensejar providências judiciais no âmbito civil e penal, quando for o caso.

O STF tem exercido, nos últimos anos, papel de vanguarda na defesa e promoção do chamado livre mercado de ideias. Em casos paradigmáticos, como na ação que sepultou a antiga e autoritária Lei de Imprensa, editada durante o regime militar, ou no julgamento em que liberou o uso do humor e a crítica jornalística nas eleições, a Suprema Corte brasileira tem reconhecido às liberdades de expressão e de informação a posição de proeminência que merece no contexto dos demais direitos assegurados na Constituição.

Que o STF honre a sua mais recente jurisprudência acerca das liberdades de expressão e de informação, emprestando aos artigos 20 e 21 do Código Civil interpretação consentânea com a Constituição da República, de modo a afastar a necessidade de prévia autorização dos personagens retratados em obras de natureza biográfica como condição para a sua publicação ou veiculação.

O conhecimento da história é um direito da cidadania. Contá-la é um direito de todos, independentemente de censura ou licença, do Estado ou dos personagens envolvidos.

---

[1] Esse foi o caso, por exemplo, das biografias de Garrincha (STJ, REsp no 521.697, j. 16.02.2006); de Guimarães Rosa (TJRJ, Processo no 0180270-36.2008.8.19.0001); e de Roberto Carlos (TJRJ, Processo no 0006890-06.2007.8.19.0001).

Cláudio Lins de Vasconcelos*

As obras de caráter biográfico, audiovisual, entre outras, têm de ser, sempre que possível e, em princípio livres, simples assim. A liberdade de expressão, do ponto de vista de quem emite a mensagem e de quem recebe a mensagem são princípios estruturantes da ordem constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal (STF) já disse e já reinterou isso algumas vezes, nenhum dispositivo infraconstitucional pode ser interpretado de forma a afrontar esses princípios. Esse é o caso dos arts. 20 e 21 do Código Civil que têm sido interpretados de forma equívoca, da mesma forma o art. 12 que, porventura, alguém se permitir a atribuir a esse artigo a mesma interpretação, nenhuma norma infraconstitucional pode ir contra esse princípio básico da liberdade de informação e de acesso.

---

*Sócio diretor de Lins de Vasconcelos Advogados, possui formação acadêmica internacional, ampla experiência profissional e foco permanente em soluções. Sua carreira envolve quase 20 anos de consultoria, gerenciamento e representação jurídica, em especial em questões de aquisição, gestão e transferência de direitos de propriedade intelectual, contratos civis e administrativos, parcerias intersetoriais e em diversas áreas do direito empresarial. É doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Rio de Janeiro, RJ, Brasil), mestre pela University of Notre Dame (Notre Dame, IN, EUA) e bacharel pela Universidade Federal da Bahia (Salvador, BA, Brasil). Entre outras posições, foi assessor internacional adjunto do Ministério da Justiça, em Brasília, DF, e consultor do Banco Mundial, em Washington, DC. É professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC, professor convidado do mestrado em propriedade intelectual do Inst. Nacional da Propriedade Industrial – INPI e professor convidado da pós-graduação em direito da propriedade intelectual da PUC-Rio, tendo sido professor visitante dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu da Univ. do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. É, também, diretor-relator da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI, vice-presidente da Comissão de Direitos Autorais, Intelectuais e do Entretenimento da AOB/RJ e autor de diversos trabalhos publicados no Brasil e no exterior e do livro "Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação".

Parece-me que há, pelo menos, duas dimensões de análise ou estágio de argumentação pelas quais poderemos chegar a essa conclusão: a primeira é análise formal do texto constitucional, mais simples e objetiva, no entanto muito importante, porque permite que verifiquemos a coerência interna de nossos argumentos. O segundo estágio da argumentação é mais filosófico, amplo, talvez um pouco mais complexo e menos técnico, todavia igualmente importante, porque permite que referenciemos o texto constitucional ao seu espírito e aos princípios que os informa. Parece-me que não há no texto constitucional qualquer autorização à censura prévia de obras de caráter factual, como as biografias.

O art. 5°, inciso IX da Constituição, garante a plena liberdade de expressão artística, intelectual, independentemente de qualquer tipo de censura ou licença, enquanto o art. 10 prevê o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da eventual violação, da intimidade da honra, da vida privada e da imagem da pessoa. Nota-se, portanto, que a consequência jurídica depende da materialização da hipótese de incidência. Verificada a violação do direito à intimidade e a hipótese de incidência, cabe indenização, consequência jurídica e medida reparatória, sendo que esta só pode ser *a posteriori*, porque não é possível uma medida reparatória preventiva e nem sequer falar claramente ou tecnicamente em indenização preventiva, desde que haja dano.

É claro que podemos dizer não apenas que a censura prévia não está permitida pelo texto constitucional, como podemos dizer que está proibida. Tal proibição pode ser notada de uma forma muito clara no art. 5°, inciso IX. Da mesma forma no inciso IV, que garante a livre manifestação do pensamento e, no inciso XIV, que garante a todos pleno acesso à informação. Todos esses dispositivos preservam e tutelam o mesmo Direito Fundamental, a mesma Garantia Fundamental, possuem a mesma lógica. Essa lógica mostra que sem informação livre, não há opinião livre e sem esta, não há democracia. É muito simples, estamos falando em elementos estruturantes do bem jurídico mais caro que temos na nossa Constituição, o direito de decidirmos o nosso próprio destino, a chamada "Democracia."

Claro que há limites constitucionais à livre expressão, por exemplo, os decorrentes do direito exclusivo que autores têm de autorizar o uso e a publicação de suas obras. Esse tipo de limitação à liberdade de expressão aplica-se excepcionalmente e somente em casos de obras artísticas e literárias criadas pelas pessoas. Você não aplica isso a fatos da vida de alguém, não existem direitos autorais sobre fatos da vida, então, obviamente, estamos falando de uma outra categoria de direitos. Com relação às biografias e aos fatos da vida, não há essa autorização de medida prévia em qualquer ponto da Constituição.

O art. 20 do Código Civil autoriza uma medida prévia, da mesma forma, o art. 21, ao permitir que o juiz, se provocado, impeça esta publicação. Essas medidas provisórias não estão autorizadas, em momento algum, no texto constitucional e estão, inclusive, expressamente proibidas. O mais perturbador é que as razões pelas quais essas biografias têm sido proibidas não são apenas em função de aspectos subjetivos, como a reputação, a imagem do biografado, são também em função de aspectos meramente comerciais.

Nós que trabalhamos e militamos com o direito da mídia já vimos alguns casos muito sérios, até aqueles que transcendem a mídia e beiram a censura acadêmica. Ressalto que não estou defendendo o uso indiscriminado da imagem alheia em propagandas de refrigerantes, de carros, de supermercado. Na verdade, estamos nos referindo às obras que efetivamente possam contribuir para a formação da nossa identidade cultural e que, consequentemente, possam contar a história de todos nós. O que é a história de todos nós senão a soma de nossas histórias individuais que, em determinados momentos e em diferentes graus, se entrelaçam, se influenciam, se inspiram? No momento em que as nossas histórias se entrelaçam e que a minha vida influencia a sua, da mesma forma que a sua influencia a minha, por uma questão lógica, uma parcela da nossa individualidade adentra a esfera do interesse público. Esse debate entre o público e o privado e o momento a partir do qual a nossa história individual adentra a história coletiva, leva-nos a segunda parte da nossa argumentação que, talvez, seja menos técnica, menos formal, mas igualmente importante, porque permite deixar claro que nós estamos aqui defendendo o respeito a princípios constitucionais da Constituição.

Muito importante ressaltar que o direito à privacidade, à honra, à vida privada e à imagem são Direitos Fundamentais, assim compreendidos pela Constituição Federal e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não é uma excrescência e sim uma conquista da civilização, mas não é absoluto, embora haja respeitáveis opiniões em contrário. O direito à privacidade não pode ser considerado absoluto, porque, se assim o fosse, o trabalho do Jornalismo, por exemplo, seria impossível. Se existe o Jornalismo é porque, em algum momento, acreditamos que é possível transformar fatos privados em informação pública. Até que ponto esta questão que se resolve com exercício de sopesamento de ponderação é um exercício contínuo? Faz parte da evolução da jurisprudência.

A fronteira entre a informação pública e a informação exclusivamente privada depende certamente de alguns fatores, entre eles, o grau de exposição que a própria pessoa se impõe. Para uma pessoa que tem uma vida absolutamente privada, que não se relaciona com o grande público em escala midiática, possivelmente os limites serão naturalmente mais estritos. Enquanto para um artista, um político, um intelectual, cujas opiniões influenciam a vida dos outros, provavelmente os limites serão mais flexíveis, mas, mesmo assim, há um limite do inviolável, ninguém pretende conferir jusfundamentalidade à fofoca, à mentira ou à propaganda subliminar.

Contudo, para esses e outros abusos há muitos remédios, inclusive extrajudiciais. O remédio mais óbvio, uma segunda versão dos fatos, não é o bastante. O direito de resposta ainda não é suficiente para que se busque uma indenização financeira na Justiça na esfera civil. Se for na esfera criminal, que se busque a reparação criminal. Todas essas medidas, no entanto, são *a posteriori*, e não, *a priori*. A inconstitucionalidade não está na busca da reparação e sim na necessidade de autorização prévia e, ademais, esta medida preventiva, que não encontra qualquer guarida na Constituição, possivelmente não seja suficiente para aplacar a dor do

dano. Infelizmente, esse é um risco que temos de correr, como quase ou todos os países democráticos na contemporaneidade. Esse risco é ínfimo comparado ao risco de uma história chapa-branca formada por seres mitológicos que não possuem defeitos, não cometem erros e são verdadeiros semideuses.

Quanto o caso de Getúlio Vargas, basta realmente uma revisão muito rápida da história dos regimes autoritários no Brasil, na América Latina, em qualquer parte do mundo, em qualquer período da história, para concluir que para controlar biografias é preciso controlar a história. Nós estamos de fato em uma situação constrangedora, o Brasil é um país em que é preciso submeter o relato histórico ao crivo de suas personagens, este ato é incompatível com o modelo civilizatório que nós adotamos e que está escrito em nossa Constituição. O sofrimento individual advindo dos abusos pode ser devastador, como disse o Ministro Joaquim Barbosa, é por isso que os biógrafos devem ser responsáveis na apuração dos fatos. O Poder Judiciário deve ser duro na reparação dos danos, mas nada é mais deletério, ao longo prazo, que o sofrimento coletivo de uma sociedade privada de conhecer, compreender e celebrar a própria história, ou parafraseando uma das letras de Caetano Veloso "De saber a dor e a delícia de ser o que é".

Capítulo 2

A violação dos Direitos de Propriedade Intelectual

Responsabilidade dos provedores de internet

Luis Felipe Salomão*

1. Apresentação

A questão do Direito Autoral será analisada por três ângulos neste estudo: a) o primeiro está relacionado ao plano geral sobre a propriedade intelectual; b) o segundo diz respeito ao ambiente virtual e à responsabilidade que pode gerar aos seus diversos atores; c) o terceiro terá como foco alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema.

2. Aspectos gerais sobre a Propriedade Intelectual

2.1 Introdução

É preciso, primeiro, com uma lente no Direito Autoral, contextualizar a questão no âmbito da propriedade intelectual, seja em um cenário mundial, seja em um cenário específico da legislação brasileira. Talvez nenhum outro direito tenha conquistado tamanho caráter internacional, sem limites de divisa.

Com efeito, a propriedade intelectual é símbolo do mundo pós-moderno, na qual se situam as invenções técnicas e a expressão da arte, da sensibilidade. Ela transita pelo mundo todo, especialmente diante da agilidade da informação com o advento da tecnologia, contando com vantagens e, também, com desvantagens. Em uma fração de segundos, a notícia ou a expressão da arte e da invenção vão de um canto a outro do planeta, mas, por outro lado, pode ocorrer uma invasão da esfera privada, sobretudo quando envolve o ambiente virtual.

A propriedade intelectual tem história bastante ampla, desde a época da faca manufaturada até o computador e a internet. Essa trajetória se confunde com a da própria humanidade, sendo considerada pelos tratadistas como direito real, absoluto, oponível *erga omnes*, um bem incorpóreo e imaterial. Nela se situa o direito do autor, que é uma criação estética, bem como o *software*, cultivares e propriedade industrial.

*XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

É ativo de grande importância, valendo destacar que as maiores empresas do mundo em expressão financeira e econômica são baseadas em ativos intangíveis, como é o caso, por exemplo, da Apple, Google e IBM.

Caracteriza a propriedade intelectual, notadamente no campo da invenção, a patente, que é a autorização concedida para a exploração do invento. Patente deriva do latim *patens*, *patentis*, e significa ser claro, ser evidente. Todavia, em se tratando de Direito Autoral, essa certificação ficou superada desde a Convenção de Berna.

De acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a propriedade intelectual abrange: os direitos alusivos à obras literárias, artísticas e científicas; as interpretações dos artistas intérpretes e as execuções dos artistas executantes; os fonogramas e emissões de radiodifusão; as invenções; as descobertas científicas; os desenhos e modelos industriais; as marcas industriais, comerciais e de serviços; as firmas comerciais e denominações comerciais; e a proteção contra a concorrência desleal.

2.2 Legislação

A Legislação brasileira a respeito desse assunto tem início com a Constituição Federal, cujo artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, preveem:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
>
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
>
> b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
>
> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Quanto à Legislação Infraconstitucional, são os seguintes diplomas legais: a) a Lei no 9.279/96 regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial; b) a Lei no 9.609/98 dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País; c) a Lei no 9.610/98 altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais; d) a Lei no 9.456/97 institui a proteção de cultivares; e) a Lei no 9.605/98 trata da biodiversidade.

Há também seguidas convenções internacionais que regulam o tema: a Convenção de Paris, de 1833, a Convenção de Berna, de 1886, seguidamente alterada, mas ainda conserva esse nome, a Convenção de Washington, de 1946, e a Convenção de Genebra, de 1948.

Os tratados internacionais são amplamente utilizados, dentre os quais se destacam o *General Agreement on Tariffs*

and Trade (GATT) e o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs). O GATT é um acordo geral sobre tarifas e comércio, tendo sido criado em 30 de outubro de 1947, após o fim da Segunda Guerra Mundial, para estabelecer regras e concessões tarifárias. Deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC), encarregada de garantir a observância dos acordos firmados, dentre eles, o TRIPs, que foi assinado em 1994 na Rodada Uruguai do GATT.

2.3 O juiz e a "mundialização". Competência especializada para a matéria?

Antoine Garapon promoveu intensa investigação para concluir o quanto é necessário, atualmente, em um mundo sem fronteiras, a real qualificação do magistrado para lidar com questões novas, como as relativas à propriedade intelectual, à responsabilidade civil em ambiente virtual ou aos contratos firmados por meio da internet, apenas para mencionar alguns exemplos.

Na obra *O Juiz e a Mundialização*, escrita em parceria com Julie Allard, os autores descrevem o fenômeno da mundialização do direito, em que as decisões recebem influências estrangeiras cada vez mais perceptíveis. Para tanto, afirmam que:

> A descrição desta desconhecida mundialização, com base nas mutações gerais do direito nas suas várias vertentes como civil, penal, tem em conta, apenas de uma forma muito parcial, os processos que lhe estão subjacentes e que explicam o seu desenvolvimento atual. Para compreender todas as suas consequências, é necessário centrarmo-nos nos próprios intervenientes e particularmente nos juízes. Durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do direito, os juízes são hoje provavelmente os agentes mais ativos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros da sua transformação[1].

Nesse passo, surge a discussão acerca da necessidade de se estabelecerem juízos com competência especializada para julgar as questões decorrentes da propriedade intelectual.

Na Lei de Regência, há previsão para que se faculte aos estados a criação de juízos específicos. O art. 241 da Lei no 9.279/96 dispõe: "Fica o Poder Judiciário autorizado a criar juízos especiais para dirimir questões relativas à propriedade intelectual".

Há quem defenda que deveria ser uma regra obrigatória. Em São Paulo, foram criados, na primeira e segunda instância, juízos especializados para julgar matéria de patentes. Da mesma forma, no Tribunal Regional Federal da Segunda Região, situado no Rio de Janeiro, onde também se encontra a sede do Instituto Naciona da Produção Industrial (INPI), existem órgãos especializados judiciais para dirimir essa matéria[2].

De fato, ainda é duvidosa a conveniência de especializar os juízos para tratar desse tema, quando se trata, seja de juiz de primeiro grau, porque de certa maneira se estabelece um monopólio daquela questão para determinado magistrado, seja principalmente de órgão único colegiado, onde realmente se engessa a jurisprudência com uma câmara especializada, tornando-se improvável a renovação das decisões após estabelecidos os precedentes.

Os precedentes são de grande valia, conferem segurança jurídica, mas isso quando se trata de tribunal com vocação

constitucional para tanto, como é o caso do STF e do STJ. No ponto, um dos principais fundamentos da existência do STJ é conferir segurança jurídica por meio da uniformidade da jurisprudência. Com diversos outros tribunais no País a interpretar uma mesma regra, é fundamental que haja um tribunal de superposição a fim de estabilizar a interpretação da Lei Federal, porque a dispersão é muito prejudicial ao sistema jurídico. O mesmo não ocorre, porém, no âmbito do Tribunal local ou regional.

3. Ambiente virtual e responsabilidade civil

3.1 O Direito Autoral e o ambiente virtual

Em artigo publicado na *Folha de São Paulo* de 21 de agosto de 2008, o Professor Fábio Ulhoa[3] afirma que não mais existe o direito à privacidade. Ele defende essa tese com base em duas realidades retiradas da internet nas quais se constata claramente a violação de direitos autorais.

A primeira concerne às obras musicais, pois, depois que se criaram as bibliotecas virtuais com compartilhamento de dados, efetivamente a música circula gratuitamente; a segunda diz respeito aos programas de computador, sendo que a própria Microsoft teria abandonado a ideia de perseguir em juízo a reparação do dano pela utilização indevida dos programas de computador.

Zygmunt Bauman[4], cientista social polonês respeitadíssimo na questão da modernidade e de seus avanços, fala da modernidade líquida, da eliminação progressiva das barreiras, da divisão entre o público e o privado que a internet proporciona. Exemplo disso é o Facebook, no qual determinado internauta posta uma opinião relacionada a sua vida privada e, na mesma hora, tal informação é compartilhada num espaço público por centenas de milhares de pessoas.

Por outro lado, o antigo conflito entre o público e o privado ganha uma nova roupagem na modernidade: a inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorre, a um só tempo, da expropriação da intimidade/privacidade por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública. Constroem-se "amizades" em redes sociais em um dia, em número superior ao que antes se construía em uma vida, e essa fragilidade de vínculos humanos contribui para o processo erosivo da privacidade. Porém, sem nenhuma dúvida, mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.

Essa tem sido uma importante, se não a principal, face do atual processo de esgarçamento da intimidade e da privacidade, e o que estarrece é perceber certo sentimento difuso de conformismo, quando se assiste a olhos nus a perda de bens caros ao ser humano, conquistados não sem enorme esforço por gerações passadas; sentimento difundido por inédita "filosofia tecnológica" do tempo atual pautada na permissividade, para a qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade.

A questão do avanço tecnológico *versus*

o direito à propriedade intelectual suscita maiores reflexões, sobretudo no campo do Direito Autoral e quando se quebram as barreiras da intimidade, da vida privada e da vida pública. Nessa sociedade da hiperinformação, Bauman faz menção aos danos colaterais e avança para atingir não só aspectos do próprio direito à personalidade, mas também aspectos patrimoniais. Há vantagens, todavia, tanto no que concerne à informação, que se tornou bem mais rápida e democrática, como no que diz respeito ao comércio.

3.2. Casos internacionais célebres

Cabe ilustrar bem alguns aspectos do Direito Autoral no ambiente virtual quando são analisados alguns casos enfrentados em cortes constitucionais estrangeiras. Na verdade, desde há muito, mesmo antes da internet, são decisões que tratam do direito à inovação tecnológica *versus* direito à intimidade e à propriedade intelectual.

É de destacar a tradição da Corte Suprema americana, que já conta com mais de duzentos anos na defesa de direitos fundamentais. Desde 1890, Warren e Brandeis, este último veio a ser juiz da Suprema Corte americana, publicaram em conjunto um artigo em que analisam a questão do avanço tecnológico, os mecanismos de então, que eram o telégrafo, o rádio e logo depois a televisão: como essa nova tecnologia poderia conviver com o direito à privacidade, *the right to privacy*, e com o Direito Autoral. Na oportunidade, Warren e Brandeis expressaram sua inquietação no resguardo ao universo da privacidade em relação ao contexto do avanço tecnológico.

Posteriormente, a Corte Constitucional alemã julgou, em 1971, processo relevante, relacionado com a atual e frequente discussão sobre as biografias autorizadas. Trata-se do caso Mephisto, livro de Klaus Mann, em que a Corte Suprema alemã foi instada a se pronunciar acerca da validade de se permitir a publicação da obra, bastante pitoresca por sinal[5].

Mann foi perseguido pelos nazistas e teve de fugir da Alemanha. O livro foi escrito quando ele estava no exílio e retrata a vida de seu cunhado, ator alemão, chamado Gustaf Gründgens, que, para agradar os nazistas, encenou uma peça no teatro de Berlim, peça esta que veio a garantir a carreira de Gründgens como diretor de teatro. O livro faz basicamente uma analogia entre Mephisto, que vendeu a alma ao diabo, e esse diretor de teatro. Embora não fosse um livro biográfico especificamente, mas era evidente que se referia à trajetória de seu cunhado. O filho adotivo deste, logo depois do lançamento, ingressou com uma ação judicial na qual buscou impedir a circulação da obra e obteve vitória no tribunal local. Em seguida, a Suprema Corte, num divisor de águas, manteve essa proibição e o livro só foi liberado algum tempo depois da morte do suposto biografado.

Nos Estados Unidos, agora já na época da internet, há mais casos interessantes. O primeiro deles, de sabença geral, é o da Sony contra a Universal Studios, em 1984, também conhecido como o caso Betamax. Logo que surgiram os videocassetes, houve uma pressão muito grande para definir os direitos autorais incidentes sobre a programação veiculada pela televisão. A indústria cinematográfica americana, notória potência mundial, também se mobilizou fortemente, preocupada com o fato de que, no ambiente familiar, era possível

gravar com a Betamax qualquer programa televisivo, inclusive os filmes.

O caso foi levado à Suprema Corte, e, a toda evidência, os adquirentes de videocassete, os milhares de consumidores espalhados pelos Estados americanos, não foram instados a se manifestar. Tratou-se na época de um tema que ainda é muito recorrente, concernente à chamada responsabilidade contributiva, de modo a definir se a Sony, ao vender seus produtos, teria responsabilidade pela utilização "indevida" do videocassete.

Também foi discutido, naquela oportunidade, um dos conceitos que hoje mais se utiliza ou que se debate, que é o *fair use*, ou seja, se era justa a utilização daquele produto. Curiosamente, por meio desse precedente da Suprema Corte, que liberou a venda, e nem podia ser diferente, dos videocassetes e das fitas, constatou-se efeito muito positivo nas duas indústrias: primeiramente, na de filmes, porque, na verdade, considerando-se devida a utilização das fitas cassete, acabou-se por permitir uma ampliação do mercado e não uma redução, como se imaginava, e prova disso foi a explosão na venda das fitas e dos aparelhos até o advento do sistema atual de CDs e de outros avanços tecnológicos; e, em segundo lugar, na própria indústria televisiva e cinematográfica, porquanto foi ampliada a perspectiva de programas serem gravados, bem como a utilização doméstica, havendo uma difusão entre os consumidores.

Em 2000, surgiu o caso Napster, primeiro grande programa a utilizar a tecnologia *peer to peer*, em ingês par a par ou ponto a ponto, para compartilhamento de bibliotecas relacionadas à música na internet. O programa, criado por dois rapazes de uma universidade norte-americana, teve sucesso estrondoso no mundo inteiro. O caso foi bastante discutido e, nessa hipótese, a justiça norte-americana não considerou como *fair use* a tecnologia, porque efetivamente houve proveito econômico e financeiro com as propagandas que se veiculavam. Também se entendeu que esse avanço tecnológico não seria da natureza das coisas, proibindo-se o uso do Napster[6].

A mesma discussão ocorreu com o Pirate Bay, criado na Suécia em 2004 e voltado para cópias de filmes, já no caminho digital, mas o fato é que houve mais rigor do que na Corte americana, com o controle da propriedade do Direito Autoral[7].

Após o Napster, surgiu nos Estados Unidos o caso MGM *versus* Grokster, em que, ao contrário do que ocorria com o Napster, a troca de arquivos pelos usuários era feita sem a necessidade da intermediação de um servidor central. Em 2005, a Suprema Corte americana entendeu que os fabricantes incentivavam, embora de modo indireto, a prática de infrações por parte dos usuários contra os direitos autorais[8].

3.3 Responsabilidade civil

O tema relativo à responsabilidade civil no mundo virtual ainda não está bem definido, como se observa nos precedentes do STJ. Há de se avançar de modo a delimitar o espaço que cada um desses atores tem na cadeia de atuação na internet, sejam os provedores de acesso, os provedores de correio eletrônico, os provedores de hospedagem ou os provedores de conteúdo e de informação. Cada um deles, na atuação respectiva, tem deveres básicos de propiciar ao usuário a tecnologia adequada e o sigilo necessário.

Os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: a) conduta voluntária, b) dano injusto e c) nexo de causalidade. Quanto ao dolo e à culpa, o que diferencia é o fato de que, conforme já definido em precedente da Quarta Turma, Recurso Especial no 946.851/PR, em se tratando de responsabilidade do provedor de internet, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, vários precedentes no âmbito do STJ estabelecem que a atividade do provedor não é de risco, descabendo cogitar de aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

3.4. Marco regulatório da internet – Projeto no 2.126/11[9]

Vale aqui um brevíssimo registro quanto ao marco regulatório da internet, Projeto n.º 2.126/11, que está em farta discussão na imprensa. Os principais fundamentos do que se propôs ao Parlamento são os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade e a finalidade social da internet. Busca-se, mediante este projeto, regular a relação com os usuários, com os provedores e com o Poder Público.

4. Jurisprudência

4.1. Supremo Tribunal Federal

- Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.059/RS

O primeiro precedente é o *leading case* do STF na Medida Cautelar na ADI n.º 3.059, havendo sido inicialmente concedida a liminar pelo Ministro Ayres Brito, que, todavia, depois julgou improcedente o pedido, vindo o Ministro Luiz Fux a pedir vista dos autos.

A cautelar versa sobre um requisito que o Rio Grande do Sul estabeleceu para a administração pública realizar certames, qual seja, a utilização de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias. O Ministro Ayres Brito entendeu que haveria plausibilidade na medida, que poderia violar o princípio da separação dos poderes e caracterizar uma ofensa ao direito daqueles que disputam a concorrência no âmbito estadual, razão pela qual deferiu a cautelar. O que se discute nessa ação direta é efetivamente a liberação dos *softwares* livres, debate intenso e que vai merecer acompanhamento de perto da sociedade brasileira.

4.2. Superior Tribunal de Justiça

- Recurso Especial no 594.526/RJ

Este precedente analisou, pela primeira vez no STJ, tema muito interessante que é o direito de sequência, *droit de suite*. Trata-se do direito do autor da obra original ou se seus herdeiros de obter, quando houver subsequentes vendas do produto, a mais valia por essas vendas, uma participação nos lucros das vendas seguintes.

- Recursos Especiais no 443.119/RJ e no 1.185.943/RS

Quanto à forma de reparação da ofensa ao direito de propriedade, a Ministra Nancy Andrighi asseverou, no primeiro julgado, que o programa de computador possui natureza jurídica de Direito Autoral. Pela aplicação do artigo 103 da Lei no 9.610/98, quando não se sabe exatamente a dimensão da edição fraudulenta, é cabível a indenização por danos materiais em três mil exemplares, além dos que foram apreendidos.

Já no precedente seguinte, de minha relatoria, ficou consignado que, quando não se sabe o número de infrações, aplica-se, então, o art. 102 da Lei no

9.610/98, sendo a pena pecuniária devida, sem prejuízo da indenização cabível. Além disso, o simples pagamento, pelo contrafator, do valor de mercado por cada exemplar apreendido, não corresponde à indenização pelo dano causado decorrente do uso indevido, e muito menos inibe a sua prática. O art. 103 da Lei no 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de quantificação dos programas de computador utilizados sem a devida licença.

- Recurso Especial no 913.008/RJ

Neste caso, a empresa proprietária do programa de computador pretendia que a prova da propriedade deste *software* ocorresse apenas mediante demonstração da nota fiscal ou da certificação do próprio dono do programa. Havia um laudo pericial que atestava ser o produto original, mas não existiam mais as notas fiscais. O STJ entendeu, por maioria, que não é apenas com base naqueles documentos que se prova a titularidade. Ficou registrado que "a perícia que atesta a originalidade da mídia e dos programas utilizados pela empresa é meio capaz de comprovar a regularidade da utilização do programa de computador, suprindo a necessidade de exibição do contrato de licença ou documento fiscal".

- Recurso Especial no 1.168.547/RJ

A questão posta foi a seguinte: uma dançarina viajou para a Espanha a fim de cumprir contrato de trabalho de três meses. Quando retornou ao Brasil, verificou que sua imagem continuou, sem sua permissão, no da empresa para a qual trabalhou naquele país. O caso era saber se, em se tratando de violação ao direito à intimidade, à privacidade, ou ao próprio Direito Autoral no exterior, era possível invocar a jurisdição brasileira, ainda que houvesse cláusula de eleição no contrato de trabalho a determinar que, somente na Espanha, eventuais lides seriam resolvidas.

Ficou estabelecido, com base na interpretação dada ao art. 88, III, do Código de Processo Civil, que, como a ofensa pela internet ocorre em qualquer parte do planeta, a jurisdição brasileira era competente para julgar a questão.

- Recurso Especial no 844.736/DF

Outro caso em destaque é se o *spam*, correio eletrônico não autorizado, geraria dano moral. O STJ concluiu que o envio de *spam*, por si só, não consubstancia o dano moral, em vista da evolução tecnológica que viabiliza o bloqueio e a recusa das mensagens.

- Recurso Especial no 1.068.904/RS

Neste precedente, ficou registrada a necessidade de observância de sigilo do provedor de internet. Desse modo, os dados cadastrais da conta de *e-mail*, no caso um provedor de *e-mail*, de correio eletrônico, somente poderiam ser concedidos mediante mandado judicial.

- Recurso Especial no 1.193.764/SP

Tema relevantíssimo é saber se o provedor tem de fiscalizar previamente o conteúdo do que está postado na *web*. A Terceira Turma entendeu pela desnecessidade de tal fiscalização. No entanto, uma vez comunicado quanto a determinado texto ou imagem de conteúdo ilícito, o provedor deve agir rapidamente para sua retirada, sob pena de responder pela violação.

- Recursos Especiais no 1.175.675/RS e no 1.406.448/RJ

Logo na sequência vem um precedente da minha relatoria, ainda que em sede de liminar. A grande discussão cingia-se em saber se era preciso indicar especificamente as páginas, as chamadas URLs, nas quais foram veiculadas as informações ofensivas. A Quarta Turma concluiu não ser necessária a indicação, porque o próprio provedor tem como saber onde está a veiculação e deve adotar os mecanismos para retirá-la de lá. Em sentido contrário, a Terceira Turma preconizou: "O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo post".

Há, por conseguinte, certo conflito entre as duas turmas na interpretação dessa matéria, como se depreende das ementas a seguir:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MENSAGENS OFENSIVAS À HONRA DO AUTOR VEICULADAS EM REDE SOCIAL NA INTERNET (ORKUT). MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA AO ADMINISTRADOR DA REDE SOCIAL (GOOGLE) A RETIRADA DAS MENSAGENS OFENSIVAS. FORNECIMENTO POR PARTE DO OFENDIDO DAS URLS DAS PÁGINAS NAS QUAIS FORAM VEICULADAS AS OFENSAS. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EXCLUSIVA DE QUEM SE BENEFICIA DA AMPLA LIBERDADE DE ACESSO DE SEUS USUÁRIOS.

1. O provedor de internet, administrador de redes sociais, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL's).

2. Recurso especial não provido. (REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9-8-2011, DJe 20-9-2011).

> CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE HOSPEDAGEM DE BLOGS. VERIFICAÇÃO PRÉVIA E DE OFÍCIO DO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO OU OFENSIVO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER, DESDE QUE INFORMADO O URL PELO OFENDIDO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5°, IV, VII E IX, E 220 DA CF/88; 6°, III, 14 e 17 DO CDC; E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02.

3. Recurso especial em que se discutem os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de *blogs* pelo conteúdo das informações postadas por cada usuário.

4. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

5. O provedor de hospedagem de *blogs* é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois se limitam a abrigar e oferecer ferramentas para edição de *blogs* criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários.

6. A verificação de ofício do conteúdo das mensagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de hospedagem de blogs, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle.

7. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de hospedagem de blogs, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

8. Não se pode exigir do provedor de hospedagem de *blogs* a fiscalização antecipada de cada nova mensagem postada, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

9. Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em blog por ele hospedado possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

10. O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo *post*.

11. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de hospedagem de *blogs* ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

12. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.406.448/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15-10-2013, DJe 21-10-2013).

- Recurso Especial no 997.993/MG

Caso curiosíssimo foi tratado neste julgado. Uma ex-namorada, em anúncio colocado na internet, para se vingar, postou em *site* de classificados da internet anúncio erótico falso com dados de seu ex-namorado, inclusive os números telefônicos do trabalho dele. Houve inúmeros telefonemas para o cidadão à busca desses falsos serviços anunciados, o que fez com que ele ingressasse com ação indenizatória contra os provedores de internet. O autor logrou êxito na lide, sendo o valor arbitrado em trinta mil reais. De fato, tal cidadão foi exposto a vexatória exibição em seu ambiente profissional, e, além disso, mesmo notificado, o provedor de internet não retirou o anúncio.

O STJ preconizou que o dever de cuidado não foi observado e que os serviços foram prestados em cadeia por mais de um fornecedor, sendo a responsabilidade civil de todos que participaram da cadeia de consumo.

- Recurso Especial no 1.107.024/DF

Neste caso, em outro aspecto da questão, pois diz respeito à mediação de *sites* eletrônicos para a realização de contratos, estabeleceu também à Quarta Turma a responsabilidade do *site* que faz a intermediação do negócio.

- Reclamação no 5.072/AC

Trata-se de reclamação na qual a Google afirmava que, por ser um *site* de instrumentalização de busca e não de conteúdo, ou seja, apenas uma ferramenta que facilita a busca dentro do universo da internet, não poderia ser responsabilizada pela retirada do conteúdo.

Uma ordem judicial havia sido expedida para que a Google retirasse determinada informação, sob pena de multa diária. A Google defendeu que não tinha como cumprir tal determinação, pois lhe cabia apenas suprimir a ferramenta da busca. A multa arbitrada estava em patamar elevado, vindo a Google a apresentar reclamação no âmbito da Segunda Seção do STJ para definir se era cabível a multa por uma obrigação que entende indevida. A reclamação foi acolhida integralmente, para excluir as astreintes:

> CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO 12/09 DO STJ. DECISÃO TERATOLÓGICA. CABIMENTO. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA VIRTUAL. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. DADOS OFENSIVOS ARMAZENADOS EM CACHE. EXCEÇÃO. EXCLUSÃO. DEVER, DESDE QUE FORNECIDO O URL DA PÁGINA ORIGINAL E COMPROVADA A REMOÇÃO DESTA DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, da CF/88, 461, § 5º, do CPC.

1. Embora as reclamações ajuizadas com base na Resolução nº 12/2009 do STJ a rigor somente sejam admissíveis se demonstrada afronta à jurisprudência desta Corte, consolidada em enunciado sumular ou julgamento realizado na forma do art. 543-C do CPC, afigura-se possível, excepcionalmente, o conhecimento de reclamação quando ficar evidenciada a teratologia da decisão reclamada.

2. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa virtual, de modo que não se pode reputar defeituoso o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

3. Os provedores de pesquisa virtual realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

4. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

5. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

6. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo, notadamente a identificação do URL dessa página, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

7. Excepciona o entendimento contido nos itens anteriores o armazenamento de dados em cachê. Estando uma cópia do texto ou imagem ofensivos ou ilícitos registrados na memória cachê do provedor de pesquisa virtual, deve esse, uma vez ciente do fato, providenciar a exclusão preventiva, desde que seja fornecido o URL da página original, bem como comprovado que esta já foi removida da internet.

8. Como se trata de providência específica, a ser adotada por pessoa distinta daquela que posta o conteúdo ofensivo e envolvendo arquivo (cópia) que não se confunde com o texto ou imagem original, deve haver não apenas um pedido individualizado da parte, mas um comando judicial determinado e expresso no sentido de que a cópia em cachê seja removida.

9. Mostra-se teratológica a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida.

10. Reclamação provida. (Rcl 5.072/AC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra Nnacy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11-12-2013, DJe 4-6-2014).

- Recursos Especiais no 1.334.097/RJ e no 1.335.153/RJ – o direito ao esquecimento

Por último, um tema muito importante é o direito ao esquecimento. Foram julgados recentemente dois casos sobre o tema no âmbito da televisão, que estão longe de esgotar o assunto, pois a grande questão alusiva a esse assunto está justamente na internet. De acordo com o Enunciado no 531/CJF, "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

O STJ afirmou nesses dois precedentes, um concedendo indenização com base no direito ao esquecimento, e o outro negando, por diversos fundamentos, que tal direito não é absolutamente aberto, mas resguarda a privacidade minimamente por intermédio de alguns pressupostos estabelecidos em tais julgados.

5. Conclusão

A proteção aos direitos da propriedade intelectual, mormente no mundo pós-moderno, em que grassa a velocidade da informação por meio eletrônico, vem se tornando objeto cada vez maior de atenção entre as nações.

São inúmeras as transformações vividas pela sociedade decorrentes da quebra das fronteiras outrora estabelecidas. Os povos se aproximaram, os limites se romperam. Em contrapartida, a privacidade, valor tido por inviolável pela Constituição Federal, que assegura o direito à intimidade e à vida privada, cada vez mais vem perdendo espaço diante da intensidade e do volume das informações e, sobretudo, em face da profunda mudança de comportamento gerada pelo avanço tecnológico, exemplo incontestável dessa assertiva encontra-se no estrondoso sucesso do Facebook, com prevalência muitas vezes dos frágeis vínculos virtuais em detrimento dos presenciais. Nessa linha, os juízes desempenham mister da mais alta relevância, na medida em que necessitam acompanhar constantemente tais modificações a fim de bem oferecer a prestação jurisdicional.

Não há de se olvidar que, de há muito, o direito à privacidade vem sendo objeto de estudos aprofundados, ressaltando-se o célebre escrito de Warren e Brandeis, *the right to privacy*, datado de 1890, que, desde aquela época, inspirou diversos precedentes na Suprema Corte americana, alguns deles trazidos à baila neste artigo, em conjunto com julgados de outros países acerca do tema. Por fim, a jurisprudência no Brasil foi alvo de principal destaque, com referência a casos concretos, relativos à responsabilidade civil dos provedores de internet, tema este inesgotável e que ainda suscitará novidades e discussões.

---

[1] ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: A nova revolução do direito*. Tradução: Rogério Alves. Lisboa, Portugal. Instituto Piaget. 2005.

[2] Quantitativo de processos em trâmite de propriedade intelectual no TRF da 2ª Região de 2005 a 2011:

Ano	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Total	901	705	629	477	276	174	158

[3] COELHO, Fábio Ulhoa. *Sabe aquilo que chamávamos privacidade?* Fonte: *http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica.html*.

[4] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

[5] Decisão de 24-2-1971 (BVerfGE 30, 173).

[6] Houve várias ações judiciais envolvendo o Napster, sendo a de maior repercussão a movida por Lars Ulrich, líder da banda Metallica.

[7] Em 17 de abril de 2009, os dirigentes do *site* foram condenados ao pagamento de indenização e prisão por ofensa a direitos autorais. Fonte: *http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1088598-6174,00-JUSTICA+SUECA+CONDENA+DIRETORES+DO+SITE+PIRATE+BAY+A+PRISAO.html*.

[8] DNº 4-480.

[9] O referido projeto foi convertido na Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, que "estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil", posteriormente à data da palestra.

Marcelo Goyanes*

No sistema internacional de proteção aos direitos autorais existe muita homogeneidade com relação a essa proteção. O princípio da autorização prévia expressa é consagrado desde Berner, então, a utilização da obra protegida por direito do autor exige esse tipo de autorização. Desde há muito tempo se estabeleceu que a digitalização equivale à reprodução, essa passagem além de em julgados proferidos na década de 90 também está no *Copyright Treaty*. O Tratado de Direitos Autorais Mundial, no qual o Brasil não é signatário, foi promulgado no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e conta com mais de 100 países membros ainda em 1996, tem noção da relevância da matéria. Por ocasião, se promulgou também o tratado internacional de proteção aos fonogramas, trazendo ambiente digital à realidade dos direitos autorais.

É sabido que o ramo do direito mais afetado pela digitalização e pela divulgação da internet, que são dois, são dois elementos que conviveram e que trouxeram muitas mudanças na comunicação. O ramo da propriedade intelectual e, especificamente, dos direitos autorais, certamente é o ramo do direito que sofreu mais internacionalmente com a revolução digital, com avanço dos arquivos e com propagação permitida pela internet. Então, a digitalização equivale à reprodução, a veiculação na *web* equivale à comunicação ao público, portanto, são dois atos que dependem de

---

*Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Pós-graduado em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Mestre em Direito da Propriedade Intelectual pela George Washington University (Washington, EUA). Atuação em renomados escritórios na área, com especialidade em Propriedade Intelectual, desde 1994; Consultor jurídico internacional da Smithsonian Institution, Washington, EUA, em 2003; Procurador Geral da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI) entre 2008 e 2011; Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do curso de pós-graduação em Direito do Entretenimento da Fundação Getulio Vargas de São Paulo.

autorização prévia. É claro que todos esses atos dependentes e limitados aos casos chamados *free use*, em inglês, ou uso livre, são previstos como casos especiais que não conflitem com a exploração normal da obra e não causem prejuízo injustificado ao autor.

Ao se estabelecer a responsabilidade dos provedores da internet, é fundamental entender que provedores são esses. Existem diversos tipos de provedores, cada um deles com uma responsabilidade muito particular. Esses provedores contêm diversos lugares classificando-os, por exemplo, no Provedor Backbone - que traz a espinha dorsal da internet, são os roteadores que permitem essa infraestrutura, enquanto, a Embratel é o exemplo brasileiro. Hoje, há julgados que impedem os Provedores de Backbone permitirem acesso a determinados *sites*, na Europa, sobretudo. Em seguida, temos os provedores de acesso à internet, que são os serviços, a cabo, mas por muito tempo foram de discagem e estes eram muito lentos. As velocidades chegaram aos celulares com o 4G, se consegue hoje, por exemplo, fazer transmissão de programas e *download* de arquivos pesados em questão de segundos. Os provedores de hospedagem são os hospedeiros que alugam o espaço para o acesso por terceiros, enquanto, os provedores de conteúdo se subdividem em provedores de conteúdo próprio, por exemplo, um *site* de jornal que publica as próprias matérias, uma loja virtual que oferece produtos à venda, e os provedores de conteúdo de terceiros, ou os *sites* de conteúdo gerado por terceiros.

O Recurso Especial no 1300161/RS definiu o que seria e em que tipo de provedor de conteúdo estaria configurado o *e-mail*. Como este permite a anexação e transferência de arquivos ou de texto, de som e imagem, deve ser caracterizado, portanto, como provedor de conteúdo. O STJ decidiu dessa forma, seguindo a mesma linha de pensamento, entendeu que os fóruns de discussão, por exemplo, grupos que se formam por meio de *e-mail*s são entendidos também como provedores de conteúdo, porque permitem a manipulação de informação e até de arquivos protegidos por terceiros, intermediação de produtos e serviços em *sites* de leilão, de venda de produtos colocados por terceiros no *site*. São entendidos também como provedores de conteúdo por definições julgadas pelo STJ, *sites* de pesquisa.

Recentemente, a terceira turma julgou em 2012 um caso envolvendo o Google, maior provedor de pesquisa desde 1997. Esse tipo de serviço também equivale a serviços de oferta de conteúdo, e o marco civil, ainda em projeto a ser melhor apreciado, trouxe uma definição do que seria o provedor de aplicações de internet, um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de terminal conectado à internet. Parece-me uma definição bastante ampla do que seria um conjunto de funcionalidades e, além disso, as definições que o STJ trouxe são muito mais claras, mais lúcidas com relação aos tipos de provedores.

O STJ evoluiu na interpretação de diversos assuntos que se refere à internet, no que toca a provedores de conteúdo, que são objeto desta apresentação, o primeiro julgado que se tem notícia é de 2004, envolvendo o Zaz, um *site* que pertence ao grupo Terra. A relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, que optou pela aplicação do Código de Direito do Consumidor

(CDC) e por ter a responsabilidade objetiva absoluta sobre a divulgação na internet, na ocasião, foi o perfil falso de uma pessoa que não autorizou a colocação de sua imagem em um grupo de discussão que causou um grande alvoroço. O próprio *site* foi responsabilizado integralmente pela utilização.

O Ministro Fernando Gonçalves, em 2008, entendeu com muita propriedade que a resposta que era oferecida pelos provedores de conteúdo não deveria se perseverar na medida que empresas estrangeiras ainda controlassem ou administrassem suas redes internacionais e determinados funcionamentos de *sites* locais como no Brasil, por exemplo, o provedor brasileiro, subsidiária, filial, controlada pela empresa estrangeira não poderia se furtar em algum momento a determinada ordem só porque não teria um controle direto sobre a veiculação daquele conteúdo. Na ocasião, a principal resposta dos provedores brasileiros controlados por estrangeiros era que os brasileiros não poderiam interferir na veiculação de determinado conteúdo, porque o sistema ficava todo no exterior.

O Ministério Público Federal teve muita dificuldade em impor a *sites* como Google e *sites* de relacionamento como Orkut, Geocities, entre outros, a retirada de conteúdos que infringiam direitos autorais e também direitos de imagem. Com essa decisão, entendeu-se que a empresa brasileira responde pelos serviços disponibilizados no Brasil pela matriz controladora. Isso mudou muito o parâmetro, porque o argumento que era usado no Brasil pelos provedores era que não havia meios técnicos para cumprir essas determinações. É curioso observar que hoje existe também uma resposta, uma contestação baseada em meios técnicos, enquanto naquela ocasião se revelou infundada, precária na medida em que os meios técnicos surgiram quando a decisão foi proferida.

Em 2010, começa uma série de precedentes envolvendo o Orkut e o entendimento que hoje prevalece começa a ser desenvolvido, estabelecendo que não há necessidade de instaurar o controle prévio sobre conteúdo gerado por sites de relacionamento, como o Orkut, ainda que sejam *sites* provedores de conteúdo. Essa obrigação de remover conteúdo só se concede imediatamente após a ciência por parte do *site*, sob pena de responsabilização por culpa *in omittendo*, a omissão decorrente da falta de retirada mediante a notificação.

O Ministro Luiz Felipe Salomão proferiu julgado em 2011, estabelecendo de forma bastante interessante o que o *site* Google, que hoje é a marca mais valiosa do mundo, trouxe ao mercado. O Google tornou-se um monstro indomável e apenas a ele que devem ser imputadas eventuais consequências desastrosas geradas pela ausência de controle dos usuários em sua rede social, os quais inegavelmente aumentam o lucro da empresa. URL é uma questão central hoje, a quem incumbe esse ônus, ao usuário que posta, ao provedor que veicula, ou ao titular do conteúdo que o gera, mas não disponibiliza.

A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) denominou um fenômeno chamado *googalization of copyright*, que é a googalização dos direitos autorais. Posso dizer que realmente foi uma mudança de paradigma. Em sequência, em 2012, diversos casos

envolvendo o *site* foram julgados, dentre um deles, o da Maria da Graça Xuxa Meneguel, conhecida popularmente como Xuxa, que entrou com uma ação contra o Google, o provedor de pesquisa e o buscador. Talvez, o assunto mais difícil de lidar seja o fato de o buscador sem fazer juízo de mérito e análise técnica, usa meios para varrer a internet e revelar os assuntos. A apresentadora, a artista, o ícone Xuxa, portanto, não gostaria de ter se sentido com o direito violado e ter determinadas informações veiculadas nos buscadores e tentou bloquear determinadas passagens que não deveriam ter nomes atrelados a ela.

A Ministra Nancy entendeu que as URLs mencionadas nos resultados da busca seriam suficientes para que o autor demandasse diretamente contra os divulgadores daquelas URLs, isentando então o *site* de pesquisa da responsabilidade. O entendimento que colocou o ônus de lutar contra a veiculação de material difamatório ou violador de direitos autorais de imagem e personalidade no titular, e conhecendo a internet como todos nós conhecemos hoje, se torna muito gravosa a medida de buscar esse tipo de reparação ou de banimento diretamente contra cada pessoa que posta uma URL no mercado.

O Ministro Marco Buzzi, sempre repetindo o entendimento que a denúncia é prejudicial, deve ser obedecido imediatamente sob pena de culpa *in omittendo*. Começou, então, a se discutir a fixação de prazo para remoção, alguns lugares determinaram 48 horas, outros 24 horas, até que prevaleceu o entendimento de que o prazo de 24 horas é um prazo apropriado. Pensemos o seguinte: por quanto tempo um *site* tem o dever de manter informações para identificação do usuário? Há diversas discussões sobre esse assunto desde o primeiro projeto de lei sobre a matéria, que é conhecido como projeto contra *cyber crimes*, instaurado na década de 90 e arquivado no final de 1998.

Estabeleciam-se prazos de manutenção das informações, hoje o primeiro precedente que eu tenho conhecimento estabeleceu o prazo de três anos de manutenção das informações por parte dos provedores, se respaldando no prazo prescricional de ações de responsabilidade civil no plano civil.

Com a adjunção majoritária do STJ, mesmo que hoje ainda haja alguma divergência com relação a Terceira e Quarta Turma, sobretudo com a indicação da Url e ainda prazo para cumprimento e manutenção das informações, pode-se notar que os provedores de conteúdo próprio, aqueles que geram conteúdo e o respondem objetivamente, parecem muito razoáveis, no que toca provedores de conteúdo de terceiros, todos aqueles listados, talvez aqueles de *back bone* e de acesso que estejam fora dessa responsabilidade.

Na medida em que não exercem qualquer juízo, apenas criam meios para que então se promova algum tipo de atividade-meio, só são responsabilizados depois de serem notificados por não terem removido imediatamente em 24 horas o conteúdo. Fica em aberto, então, uma formação mais ampla de quanto prazo e qual o prazo razoável para manutenção dessas informações no *site* e quais seriam os dados suficientes para que esses *sites* possam revelar o titular daquele conteúdo. Em paralelo, todos esses lugares revelam uma necessidade de colaboração por parte dos

provedores de conteúdo, não basta, portanto, o *site* não tomar qualquer atitude ao ser notificado e removê-lo, é essencial que tome atitudes proativas a respeito de direitos de propriedade intelectual de terceiros. Em outras palavras, facilidade de acesso para denúncia.

O usuário não pode ficar procurando nas entrelinhas dos termos e condições onde é cabível, qual o *e-mail*, qual o canal para comunicar o ilícito, é essencial que haja um canal aberto e de fácil percepção, até para informação do próprio usuário, que também tem uma posição de consumidor. Remover imediatamente o conteúdo impugnado a essa questão, que está sendo debatida na Lei de Direitos Autorais, na medida em que o Marco Civil aparentemente entregou à reforma de Lei de Direitos Autorais a definição dos critérios de remoção de conteúdo quando envolve direitos autorais, mas a sua remoção impugnada é hoje uma posição majoritária unânime.

O STJ, que é a Corte superior que examina esse tipo de matéria no País, e também tem sido levado a cabo por parte do educar, alertar o usuário quanto a não utilização das ferramentas para finalidade pirata, mesmo assim, a maioria dos *sites* já faz isso, os mais sérios, ao menos, oferece programas de proteção à propriedade intelectual. Banir o acesso a infratores contumazes é uma iniciativa que nos termos e condições desse *site* contém quando determinada pessoa for notificada mais de duas vezes, consequentemente quanto a sua cota como ela própria podem ser removidas. Lembrando que são atitudes proativas que o próprio *website* deveria sempre praticar e cooperar com titulares e autoridades na identificação e na remoção de qualquer conteúdo.

Um dos exemplos de colaboração ocorreu em 2008 quando a SaferNet e o Ministério Público Federal instauraram um termo de ajustamento de conduta com o Google, estabelecendo um prazo de 180 dias, isso foi na época em que o Orkut dominou o País em termos de redes de relacionamento, houve uma utilização em massa desse *site*, hoje esvaziado. O Ministério Público Federal, diversos inquéritos e medidas contra o Google, sempre naquele embate sobre a questão do Google afirmar que não cumpriria com determinadas decisões, porque a empresa brasileira não respondia por si, acabou estabelecendo esse compromisso, que foi repetido por diversas empresas.

É um compromisso importante, porque traz garantias mínimas ao cumprimento dessas medidas e à proteção dos direitos na própria área intelectual, que hoje eu considero uma das medidas principais por parte das empresas que tenham conteúdo e preocupação em protegê-lo. Quem deve afinal, suportar esse ônus de fiscalizar, de combater e de proteger os direitos da propriedade intelectual? Sabemos que esse ônus deve recair mais sobre o usuário, deve ser impedido e banido ou deve ser liberado, deve recair também mais sobre provedores ou sobre os titulares, que geram os conteúdos. Afinal, qual deve ser o papel dos provedores, além, naturalmente daquilo que eles já vem fazendo hoje? O Marco Civil reflete a construção jurisprudencial no tocante à defesa dos diretos da propriedade intelectual na internet?

Lembrando que o Marco Civil na atual versão transfere a reforma da Lei de Direitos Autorias e traz um dispositivo, que posterga a obrigatoriedade do *site* de re-

tirar, de remover o conteúdo, que viola direitos autorais, sendo, portanto, aflitivo para diversos titulares. Na medida em que muitas obras têm importância efêmera, como seriados, programas de audiovisual em geral, enquanto, textos muitas vezes inéditos têm importância efêmera, e uma vez divulgados, quebrado o ineditismo, eles perdem também a importância econômica e, com isso, desincentiva a criação de novos produtos, novas obras, que é justamente a origem da proteção internacional de direitos autorais.

E por fim, a jurisprudência que vem se firmando no Brasil, talvez aqui a questão mais polêmica: é razoável para *sites* de compartilhamento de arquivos protegidos por direitos autorais em massa? A esses *sites*, eu me refiro *peer to peer*, rede de compartilhamento de arquivos protegidos, rede de transmissão de conteúdos por usuário, *post streaming*, por exemplo, e tantos outros *websites* que permitem que obras protegidas pelo Direito Autoral sejam veiculadas sem uma autorização prévia, garantida por Lei ao Titular dos Direitos da Propriedade Intelectual. Será que a jurisprudência atual que exige a notificação para remoção do conteúdo e não obriga o provedor a continuar buscando e a impedir que aquele mesmo conteúdo volte à rede são suficientes?

Sobre esse aspecto, trago alguns exemplos de decisões proferidas pela Corte Europeia de Justiça, como no caso conhecido da Fox contra News Been. A Fox e outros estúdios foram obrigados a ajuizar ação contra o provedor de acesso. Enquanto, a Sky, que é uma operadora britânica muito relevante, não tem nada a ver com a Sky brasileira. Para que fosse impedido o acesso pelos residentes na Inglaterra a determinado *site*, tirou esse da tomada, porque se visualizou que aquele *site* promovia mais usos ilícitos do que lícitos, e o provedor de acesso foi impossibilitado de continuar aquele serviço, naturalmente aquele provedor criou outro *site*, outra jurisdição, e a briga continuou, mas foi um exemplo muito grande. Outro caso relevante é o que envolve a Saban, que é a titular de direitos autorais de editoras e gravadoras na Bélgica, também moveu uma ação para impedir o acesso de determinada comunidade ao *website*, dentre outros atos.

Uma legislação de 2010, que foi reformada justamente para que obrigasse os provedores na conexão a contribuírem para evitar violação de direitos autorais. A terceira vez que um *website* for notificado para remover o mesmo conteúdo, esse poderá perder a possibilidade de continuar no ar e ser removido. Então, até quanto caberia à jurisprudência construir um entendimento? O controle deve ser *a posteriori*, como é hoje, mas continuado. A partir do momento em que um obra audiovisual for postada e que a Justiça entenda que ela é protegida pelos direitos autorais do autor da ação e deve ser removida, porque não está estabelecendo a obrigação de continuar a mantê-la fora dos sistemas. É importante não exigir que o titular faça uma nova notificação a cada *upload*, a cada postagem, a cada vez que os titulares tenham o seu direito violado, o que se revelou impraticável dada a velocidade da internet, dada a profusão de *upload* que são feitos em *sites* específicos de *streaming* e de *download*.

Capítulo 3

Liberdade de Expressão e Direito Autoral

Antonio Carlos Morato*

Agradeço a oportunidade de participar deste debate aqui no Instituto Brasiliense de Direito Público e devo dizer que foi uma honra receber o convite do instituto e das Organizações Globo e quero cumprimentar o Ministro Gilmar Mendes, assim como o Doutor Antonio Cláudio Ferreira Netto e o Doutor Carlos Araújo, além de agradecer ao Professor Jairo Schaffer pela organização destes trabalhos.

Destaco ainda a satisfação, após a gentil e ilustrada apresentação do Professor Danilo Porfírio, de compor esta mesa ao lado de um dos ícones do Direito Autoral no Brasil, o estimado Doutor João Carlos Müller Chaves que, por toda sua história contra a censura, ensinou a todos nós – por meio de sua própria vida – como um incansável advogado militante em prol da liberdade de expressão e dos autores, trabalho que o transformou, merecidamente, em um verbete no Dicionário Cravo Albin da Música Popular Brasileira[1].

Para preparar esta palestra, conversei muito com o Dr. Müller, tendo sempre como norte a liberdade de expressão consagrada no artigo XIX da Declaração Universal de Direitos Humanos[2] que constitui um direito essencial[3] não só para os autores de obras estéticas[4], mas também para os de obras técnicas a ela equiparadas e até mesmo aos titulares de direitos sobre as obras utilitárias como as protegidas pelo Direito Industrial, uma vez que o ponto de convergência entre esta e o Direito Autoral está justamente na criação que deve ser despida de amarras para bem atingir sua própria finalidade[5].

Cumpre salientar ainda que as iniciativas contra os autores de forma alguma cessaram, uma vez que devemos estar atentos ao fato de que a proteção ao trabalho dos criadores continua em risco, principalmente em razão dos dezesseis Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional[6], uma vez que boa parte des-

*xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

tes apresentam o acesso ao conhecimento (e ninguém em sã consciência é contra, o que se discute é que não é aceitável alcançá-lo exclusivamente por meio do sacrifício do autor) como razão para alterar a lei em múltiplos aspectos e olvidam que o artigo XXVII da Declaração Universal de Direitos Humanos preconiza um equilíbrio ao proteger simultaneamente tal acesso e o respeito aos direitos morais e materiais dos autores[7].

Os expositores que me antecederam suscitaram ricas e profundas reflexões e quase todas convergiram para a supremacia do direito à liberdade[8] em face dos demais direitos da personalidade[9] e, em tal contexto, discutir a liberdade do criador da obra intelectual é também voltar a um período em que o país tinha reduzida liberdade de expressão sob o prisma político e dos costumes.

Sob o prisma do Direito Autoral naquele período havia uma verdadeira excrescência em vigor por meio da Lei 5.536/68, uma vez que não cabe nem mesmo ao Poder Judiciário valorar sobre o mérito artístico do trabalho a fim de estabelecer sua proteção e afirmo isso porque o art. 4º[10] da lei em questão determinou que os órgãos de censura analisassem a obra em seu contexto geral considerando o valor artístico cultural e educativo sem isolar trechos, cenas ou frases e isso é muito interessante porque havia um órgão do Poder Executivo valorando, o que é inaceitável para os autoralistas, pois não cabe ao Estado aferir o valor artístico da obra *sequer para a sua proteção* quanto mais para a sua proibição.

Afirmo isso porque a Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) protege a obra considerando apenas sua originalidade[11] e não seu maior ou menor relevo artístico, pois não é atribuição do Estado estabelecer um critério artístico para a proteção da obra.

Outro ponto curioso é observar que não é rigorosamente correto atribuir ao censor a partir dos anos setenta um baixo nível cultural, como já assinalou o Dr. João Carlos Müller em entrevista ao Correio Brasiliense[12] e acrescento que o artigo 14, § 1º da Lei 5.536 de 21 de novembro de 1968 exigia uma formação para o cargo de "*técnico em censura*" que deveria, de acordo com tal dispositivo, apresentar um "*diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso superior de Ciências Sociais, Direito, Filosofia, Jornalismo, Pedagogia ou Psicologia*" diploma este que o habilitaria a analisar diversas obras (as mais freqüentes seriam as obras literárias – incluindo nestas as obras jornalísticas – as audiovisuais e as musicais[13]), o que é sempre discutível, mas cabe lembrar que no período do Estado Novo (Decreto-Lei n. 1.915/39[14]) a lei era omissa a esse respeito.

Assim, mesmo no período áureo do Governo Juscelino Kubitschek, persistiu um controle das diversões públicas com fundamento no art. 41 do Decreto 20.493 de 24 de janeiro de 1946[15] que continha uma série de previsões como ofensa ao decoro público, cenas de ferocidade ou prática de crimes, divulgação ou indução aos maus costumes, incitamento contra o regime vigente, ordem pública, autoridades constituídas e seus agentes, ofensivos às coletividades ou religiões, dignidade ou interesse nacionais, e também *desprestígio das forças armadas*.

O último ponto era muito subjetivo e, por tal razão, tocava em um ponto sensível relativo à segurança do Estado, o que sempre foi um padrão clássico para a censura no

Brasil notadamente durante o regime militar que seria instalado posteriormente.

Todavia, ainda que outros pontos pudessem ser recordados, o objetivo é o de discutir o momento pelo qual passamos e, em tal contexto a liberdade de expressão absoluta também encontra limite até no próprio direito de autor, como mencionou em painel anterior o Doutor Cláudio Lins de Vasconcellos, uma vez que não posso utilizar obras alheias sem autorização a não ser no contexto das limitações aos direitos autorais[16] e poderíamos vislumbrar outras no desenvolvimento da obra, notadamente no mundo contemporâneo, como as relacionadas à clandestinidade, abusividade ou enganosidade de peça publicitária[17] ou ainda, mais recentemente e de forma mais ampla, questões raciais e de orientação sexual, ainda que sua extensão gere controvérsia.

Discutir a liberdade de expressão e a restrição à criatividade é também discutir a autorregulação que é relevante por coibir no próprio setor práticas condenáveis ouvindo aqueles que são responsáveis pela produção do conteúdo e afastando o que para alguns seria considerado como intervenção estatal excessiva, como é o caso, na obra publicitária, da atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR[18].

Há pouco recordei a restrição relativa ao "recurso criativo" proposta como nova limitação aos direitos autorais em proposta do Deputado Federal Nazareno Fonteles[19]. As limitações aos direitos autorais, para os que não estão acostumados com a terminologia trazem hipóteses em que as obras em domínio privado podem ser utilizadas excepcionalmente e sempre são situações muito restritas e em rol taxativo que possibilitam o uso da obra gratuitamente (cabe sempre lembrar que incidem somente sobre os direitos patrimoniais de autor e jamais sobre os direitos morais[20]) como é o caso do uso para prova judicial e administrativa, do uso de obras por deficientes visuais se estas obras não forem utilizadas com intuito de lucro ou da cópia em sala de aula pelos alunos a quem ela se destina (não olvidando que a aula é também uma obra protegida).

Assim, o "recurso criativo", contrariando nossa tradição restritiva pretende ampliar – e muito – o alcance da limitação ao direito do autor, até porque tudo pode ser incluído sob tal conceito, inclusive um uso negativo e indevido do argumento da liberdade de expressão, uma vez que aniquilaria por completo o direito do criador.

Há diversos dispositivos constitucionais a nortear a interpretação de que a liberdade de expressão deve ser usada com critério e não precisamos de alterações na Lei de Direitos Autorais a lembrar (como se insiste ao subordiná-la equivocadamente às relações de consumo e às normas concorrenciais) que esta deve ser interpretada no ordenamento em cotejo com outras normas de forma a possibilitar uma interpretação sistêmica, até porque o texto constitucional é o principal vetor interpretativo[21].

O escopo aqui foi de resumidamente levantar alguns pontos a fim de respeitar o horário estabelecido, mas aproveitando o local deste evento, cumpre salientar, no Instituto de Direito Público, a natural interpenetração entre a esfera pública e a privada, mas em momento algum podemos negligenciar o fato de que cabe ao Direito Autoral proteger o autor como vulnerável que é e jamais inverter os

pressupostos de tal ramo do Direito, destacando que tal debate ocorre há muitos anos e que tem havido certo êxito em estabelecer pontes para o diálogo, sensibilizando aqueles que não admitiam de forma alguma que fossem contrariados em suas posições contra os autores.

Salienta-se em vários países do mundo que, no passado, legislar a favor da Cultura era legislar a favor do autor e, ao contrário, no mundo contemporâneo, em completa inversão de valores, o ato de defender a cultura passou a constituir sinônimo de supressão dos direitos.

Em sentido oposto à última tendência considero acertada a defesa daqueles que, com seu imenso talento, por meio da música, da literatura, das artes plásticas tornam o mundo um lugar melhor para viver e, sem dúvida alguma, com o pensamento voltado para aqueles que acreditam que a Cultura depende – e sempre dependerá – dos autores é que tenho o dever de agradecer a oportunidade de fazer parte de um evento realmente histórico.

Muito obrigado.

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

Livros

* AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009.
* BERTRAND, André R. . *Droit d´Auteur*. 3ª ed. . Paris: Dalloz, 2010.
* BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed. revisada, atualizada e ampliada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
* CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
* CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo : Saraiva, 2000.
* COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. . São Paulo: FTD, 2008.
* EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.
* PECCI, João Carlos. *Toquinho: 30 anos de música*. São Paulo: Maltese, 1996.

Capítulos de livros

* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil*. In: Antonio Cláudio da Costa Machado. (Org.) Silmara Juny Chinellato (Coord.). *Código Civil Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5ª ed. . Barueri : Manole, 2009, p. 27-46.
* MORATO, Antonio Carlos. *Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos*. In: Renan Lotufo ; Fernando Rodrigues Martins. (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor : conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403-437

Artigos

* MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. Revista de informação legislativa. v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

Documento jurídico

* BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.915, de 27 de Dezembro de 1939*. Cria o Departamento de Imprensa e Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <*http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1915-27-dezembro-1939-411881-publicacaooriginal-1-pe.html*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* _____. *Decreto nº 20.493, de 24 de Janeiro de 1946*. Aprova o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública. Disponível em: <*http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-20493-24-janeiro-1946-329043-publicacaooriginal-1-pe.html*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* _____. *Lei nº 5.536, de 21 de novembro de 1968*. Dispõe sôbre a censura de obras teatrais e cinematográficas, cria o Conselho Superior de Censura, e dá outras providências. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5536.htm*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* _____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* _____. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências . Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* _____. *Projeto de Lei n. 3133/2012*. Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências". Deputado Federal Nazareno Fonteles. Disponível em: <*http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039*>. Acesso em: 20 nov. 2013.
* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris - França. 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <*http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf*>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Textos em meio eletrônico

* Entrevista com João Carlos Müller: Estava ali para resolver. Correio Brasiliense. 25 de outubro de 2010. Disponível em: <*http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/04/25/interna_brasil,188552/entrevista-com-joao-carlos-muller-estava-ali-para-resolver.shtm*>. Acesso em: 11 nov. 2013.
* João Carlos Müller Chaves . Dicionário Cravo Albin da Música Popular Brasileira . Disponível em: <*http://www.dicionariompb.com.br/joao-carlos-muller*> . Acesso em: 01 ago. 2013.

* Linha do tempo do CONAR e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <*http://www.conar.org.br/*>. Acesso em: 20 nov. 2013
* SNEL debate Lei do direito autoral com a Deputada Jandira Feghali . 19 de junho de 2013 . Disponível em : <*http://www.snel.org.br/snel-debate-lei-do-direito-autoral-com-a-deputada-jandira-feghali/*> . Acesso em : 22 jun. 2013.

---

[1] João Carlos Müller Chaves. *Dicionário Cravo Albin da Música Popular Brasileira*. Disponível em: <*http://www.dicionariompb.com.br/joao-carlos-muller*>. Acesso em: 01 ago. 2013.

[2] Artigo XIX "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas*. Paris - França. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <*http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf*>. Acesso em: 11 nov. 2013).

[3] "A arte em si é uma subversão do princípio de realidade, e, por isso, é libertadora. Seu sentido se torna ainda mais profundo, e isto é certo, quanto mais a obra é capaz de protestar contra a ausência de liberdade, contra a reificação da existência. é na transcendência estética provocada pela arte que se esconde o seu perigo para o sistema da insensibilidade e da ignorância, estes que são os dois canais fundamentais para a indiferença e para a estruturação da própria barbárie. A barbárie, para se realizar, não demanda monstros, mas equipamentos conceituais e estratégias de articulação de poder que anestesiem as formas de reação pela criação de uma suficiente atmosfera de indiferença. Nestas, Marcuse quer ver os traços das obras revolucionárias, pois '(...) uma obra de arte pode denominar-se revolucionária se, em virtude da configuração estética, apresentar a ausência de liberdade do existente e as forças que se rebelam contra isso no destino exemplar do indivíduo, romper a realidade mistificada (e reificada) e der a ver o horizonte de uma transformação (libertação)'. Nessa perspectiva, a emancipação é absoluta. Se essa força é insuficiente para a transformação completa da sociedade, talvez seja porque a transformação completa da sociedade nos seja de alguma forma negada. Senão, como após as vanguardas de Hieronymus Bosch, de O jardim das delícias, de Velázquez, de Las meninas, de Picasso, de Guernica, de Pollock, de Um, de Goya, de Três de maio de 1808, ou de Proust, de Baudelaire e de Sartre, de A náusea, o mundo ainda resiste ao terrorismo transformador da arte? Mas, ainda assim, os signos da arte têm a força necessária e suficiente para uma revolução pela cultura, essa que remexe os paradigmas profundos inconscientizados como formas de sedimentação da relação homem-natureza e homem-homem. Por isso, o valor da criação estética não se mede por sua impotência total-transformadora; seu valor se mede pela sua capacidade de manter acesa, ainda que pouco cintilante, a chama da esperança e a da luta pela liberdade" (Cf. Carlos Alberto Bittar. *Direito de Autor*. 5. ed. revisada, atualizada e ampliada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013).

[4] Na lição de Antônio Chaves o direito do autor decorre "do ato íntimo da criação, e as faculdades que conferem são, substancialmente, o poder originário e principal de manter a obra em segredo ou de comunicá-la ao público, considerado não como um direito patrimonial sobre um bem econômico, mas como um direito da personalidade sobre um bem imaterial. Não passa pois a obra de um prolongamento da personalidade do autor, uma vez que tal personalidade não pode ser separada do produto de seu talento criador" (Cf. Antônio Chaves. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 12).

[5] Para José Carlos Costa Netto "é nítida a inter-relação desses bens com os suscetíveis de proteção de direito de autor. Não há como contestar que a criação intelectual é a peça fundamental na descoberta de uma invenção, de um determinado modelo industrial original, ou de um desenho – ou arte gráfica – de uma 'marca' para identificar um produto, uma empresa industrial ou comercial" (Cf. José Carlos Costa Netto. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. . São Paulo: FTD, 2008. p. 29).

[6] "Propostas de alterações na atual Lei do Direito Autoral pautaram a audiência entre dirigentes do Sindicato Nacional dos Editores de Livros e a deputada Jandira Feghali. Realizada no dia 10 de maio, no Rio de Janeiro, contou com as presenças de Sônia Machado Jardim e Francisco Bilac Pinto, respectivamente, presidente e diretor-secretário do SNEL. Presidente da Comissão de Cultura da Câmara, a deputada é também a relatora do Projeto de Lei 3133/2012 que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, no país. Na verdade, existem 16 PLs em tramitação no Congresso, além do projeto que se encontra em elaboração no MinC, que abordam o mesmo assunto e foram apensados em um único projeto de lei para que possam ser analisados em conjunto. Na reunião, Sônia Jardim entregou para a deputada uma cópia do documento encaminhado pelo SNEL ao Ministério da Cultura, durante audiência com a ministra Martha Suplicy, realizada em fevereiro, em Brasília. Esse documento pontua as principais preocupações do setor editorial em relação a possíveis mudanças na legislação atualmente em vigor, que estão sendo discutidas no projeto de lei em elaboração no Ministério da Cultura. Dentre as principais questões abordadas no documento estão a obrigatoriedade de numeração de exemplares e a legalização de cópias sem pagamento de direitos autorais." (SNEL debate Lei do direito autoral com a Deputada Jandira Feghali . 19 de junho de 2013 . Disponível em : *<http://www.snel.org.br/snel-debate-lei-do-direito-autoral-com-a-deputada-jandira-feghali/>* . Acesso em: 22 jun. 2013)

[7] Artigo XXVII "1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Paris - França. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: *<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>*. Acesso em: 11 nov. 2013).

[8] Pondero apenas que tal concepção não é unânime: "Não é verdade, ademais. que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direi¬to absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Já a fórmula constante do art. 220 da Constituição explici¬ta que 'a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veiculo não sofrerão qual¬quer restrição, observado o disposto nesta Constituição'. É fácil de ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição." (Cf. Gilmar Ferreira Mendes. C*olisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. Revista de informação legislativa. v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994).

[9] Tradicionalmente, tal análise é feita considerando a antinomia entre o direito à honra e o direito à liberdade ou ainda entre este e o direito à privacidade, sem olvidar de outros conflitos que podem surgir como o que envolve o direito à igualdade racial ou ainda eventual apologia à violência apta a desencadear a violação ao direito à integridade física e ao próprio direito à vida. Quanto ao direito à vida é possível vislumbrar, no âm-

bito da classificação dos direitos da personalidade, uma classificação à parte, como assinalou Silmara Juny Chinellato, para quem, qualquer que seja a classificação adotada quanto aos direitos da personalidade, esta deverá ser sempre quadripartida "*colocando-se à parte o direito à vida, direito primeiro, condicionante*" (Silmara Juny de Abreu . Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil. In: Antonio Cláudio da Costa Machado. (Org.) Silmara Juny Chinellato (Coord.) . *Código Civil Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2ª ed. . Barueri : Manole, 2009 . p. 40), posicionamento que também adotou em outra obra, partindo das classificações tripartidas de Rubens Limongi França (Direitos Físicos, Intelectuais e Morais) e de Carlos Alberto Bittar (Direitos Físicos, Psíquicos): "*Consideramos, destarte, a seguinte divisão quadripartite: direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade moral e direito à integridade intelectual*", *pois* "*divergindo apenas em parte – e não em substância da classificação tripartite dada por R. Limongi França*" aos direitos da personalidade, "*classificamo-los em quatro categorias fundamentais, colocando o direito à vida como categoria autônoma do direito à integridade física, por ser um direito condicionante, do qual dependem todos os demais*" (*Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2.000. p. 292-293).

[10] Art. 4º "Os órgãos de censura deverão apreciar a obra em seu contexto geral levando-lhe em conta o valor artístico, cultural e educativo, sem isolar cenas, trechos ou frases, ficando-lhe vedadas recomendações críticas sôbre as obras censuradas" (BRASIL. *Lei nº 5.536, de 21 de novembro de 1968*. Dispõe sôbre a censura de obras teatrais e cinematográficas, cria o Conselho Superior de Censura, e dá outras providências. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5536.htm*>. Acesso em: 20 nov. 2013.)

[11] Otávio Afonso sintetizou a questão da seguinte forma: "A criação do espírito, a originalidade e a forma sensível são elementos considerados por uns e outros autoralistas como necessários para que uma obra intelectual tenha proteção autoral. Não há um consenso quanto aos requisitos exigíveis para caracterizar uma obra intelectual passiva de proteção, mas, de qualquer forma, parece haver concordância de que, para gozar da proteção do direito de autor, a obra deve ser uma criação original. Não existe a obrigatoriedade de as ideias (a Lei 9.610/98 introduziu dispositivo claro que indica, de forma exaustiva, o que não é protegido por direito autoral. Verificar o art. 8º da Lei Autoral) contidas na obra serem novas, mas a forma na qual as ideias são expressas deve ser uma criação original de seu autor. A qualidade, o valor e a finalidade da obra são elementos que não interferem na proteção da obra intelectual" (Cf. Otávio Afonso. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009. p. 12-13). No mesmo sentido é a lição de João Carlos de Camargo Eboli, que destaca o fato de que "não importam, para fins de proteção, outros fatores como o tempo de duração da obra, ou o seu tamanho, no caso, por exemplo, das obras de artes plásticas. Não se exige também que a obra tenha comprovado valor artístico ou estético. Até porque, como se poderia comprovar a existência de fatores tão subjetivos, tão sujeitos ao gosto pessoal de cada um? Gosto não se discute e sucesso não tem fórmula" (Cf. João Carlos de Camargo Eboli. P*equeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006. p. 16).

[12] Respondendo à indagação do repórter Leonardo Cavalcanti no sentido de que "os censores eram burros?", respondeu o Dr. João Carlos Müller que "raramente", uma vez que "*os primeiros, ainda na década de 1960, vieram da Polícia Especial, do tempo do Getulio (Vargas)*" e, posteriormente, "*a partir da década de 1970, os caras já tinham nível superior, eram bem mais preparados*", frisando que "*no meio deles, tinha o cara que era de direita. Mas esse não era o comum. O comum era o cara preocupado em não perder o emprego*" (Entrevista com João Carlos Müller : Estava ali para resolver . Correio Brasiliense . 25 de outubro de 2010 . Disponível em: <*http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/04/25/interna_brasil,188552/entrevista-com-joao-carlos-muller-estava-ali-para-resolver.shtm*> . Acesso em: 11 nov. 2013.).

[13] Quanto às obras musicas havia, no período, um paradoxo, uma vez que a existência de uma obra censurada até legitimava o artista perante parte da classe artística, como destacou Toquinho em relato a João Carlos Pecci ao comentar o seu trabalho ao lado de Vinícius de Moraes “Era a prova de que a mocidade, apesar dos novos sons predominantes, nunca deixou de se prender ao que de melhor se fez depois da Bossa Nova. Já era o sinal da volta da MPB e ninguém sabia. E nós constatamos isso nesses três shows do Teatro Castro Alves, quando ousamos, naquela época, antes de fazer qualquer sucesso, mostrar um samba novo, em um nível mais tradicional de ‘Como dizia o poeta...’, que não dava nem ensejo para ser censurado. E ser censurado, naqueles tempos, para um determinado tipo de esquerda, era até um sinal de status. Nossa música era harmoniosa, não tinha nada para ser censurada e nem era conivente com o governo ou com o que estava acontecendo. Essas características iam contra a música da gente porque perdurava a idéia de que toda música tinha de ser contestadora, se não, era antiga ou alienada. Então, imagina-se, numa época dessa, começarmos com ‘Como dizia o poeta...’” (Cf. João Carlos Pecci. *Toquinho : 30 anos de música*. São Paulo : Maltese, 1996 . p. 100-101).

[14] Art. 1º Fica criado o Departamento de Imprensa e Propaganda (D. I. P.), diretamente subordinado ao Presidente da República. Art. 2º O D. I. P. tem por fim:

(...) c) fazer a censura do Teatro, do Cinema, de funções recreativas e esportivas de qualquer natureza, de rádio-difusão, da literatura social e política, e da imprensa, quando a esta forem cominadas as penalidades previstas por lei;

(...) i) colaborar com a imprensa estrangeira no sentido de evitar que se divulguem informações nocivas ao crédito e à cultura do país;

j) promover intercâmbios com escritores, jornalistas e artistas nacionais e estrangeiros;

l) estimular as atividades espirituais, colaborando com artistas e intelectuais brasileiros, no sentido de incentivar uma arte e uma literatura genuinamente brasileiras, podendo, para isso, estabelecer e conceder prêmios;

m) incentivar a tradução de livros de autores brasileiros;

n) proibir a entrada no Brasil de publicações estrangeiras nocivas aos interesses brasileiros, e interditar, dentro do território nacional, a edição de quaisquer publicações que ofendam ou prejudiquem o crédito do país e suas instituições ou a moral;

o) promover, organizar, patrocinar ou auxiliar manifestações cívicas e festas populares com intuito patriótico, educativo ou de propaganda turística, concertos, conferências, exposições demonstrativas das atividades do Governo, bem como mostras de arte de individualidades nacionais e estrangeiras;

p) organizar e dirigir o programa de rádio-difusão oficial do Governo;

q) autorizar mensalmente a devolução dos depósitos efetuados pelas empresas jornalísticas para a importação de papel para imprensa, uma vez demonstrada, a seu juizo, a eficiência e a utilidade pública dos jornais ou periódicos por elas administrados ou dirigidos.

(...) Art. 14. Ficam transferidas para o D.I.P. as atribuições concernentes à censura teatral e de diversões públicas, ora conferidas a Polícia Civil do Distrito Federal e a que se refere o Capitulo V do Decreto n. 24.531, de 2 de julho de 1934.

Parágrafo único. Ficam incorporadas ao Quadro do D.I.P., a que se refere o artigo 18, deste decreto-lei, a carreira de Censor e um cargo de Censor – Padrão J, do Quadro II, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores.

(...) Art. 18. Fica aprovado o Quadro do D.I.P., anexo ao presente decreto-lei.

QUADRO DO D.I.P. A QUE SE REFERE O ART. 18 DO DECRETO-LEI N. 1.915, DE 27-XII-1939

Cargos em comissão

1 Diretor Geral .... Padrão R

5 Diretor de Divisão .... Padrão P

1 Chefe dos Serviços Auxiliares... Padrão M

Cargo efetivo

1 Tesoureiro.. Padrão F

Funções gratificadas

1 Secretário do Diretor Geral.. 6:000$0 anuais

5 Secretário de Diretor de Divisão.. 4:800$0 anuais, a cada um

6 Chefe de Serviço.. 4:800$0 anuais, a cada um

5 Suplente da censura... 10:800$0 anuais, a cada um

Cargos extintos quando vagarem

1 Censor.. Padrão J, em comissão

7 Censor .... Classe I (1)

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.915, de 27 de Dezembro de 1939. Cria o Departamento de Imprensa e Propaganda e dá outras providências. Disponível em: <*http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1915-27-dezembro-1939-411881-publicacaooriginal-1-pe.html*>. Acesso em: 20 nov. 2013.

[15] BRASIL. Decreto nº 20.493, de 24 de Janeiro de 1946. Aprova o Regulamento do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento Federal de Segurança Pública. Disponível em: <*http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-20493-24-janeiro-1946-329043-publicacaooriginal-1-pe.html*>. Acesso em: 20 nov. 2013.

[16] Previstas na Lei 9.610/98 (arts. 46 a 48).

[17] Hipóteses previstas nos artigos 36 e 37 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

[18] Em 1978, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária foi "aprovado durante o 3º Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em São Paulo, convocado pelo presidente da Associação Paulista de Propaganda, Luiz Celso de Piratininga, hoje vice-presidente do Conar" .e em 5 de maio de 1980 foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) com a seguintes composição: "Petrônio Corrêa, pela Associação Brasileira das Agências de Propaganda (Abap), Luiz Fernando Furquim, pela Associação Brasileira de Anunciantes (Aba), Roberto Marinho, pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), Carlos Cordeiro de Mello, pela Associação Brasileira de Rádio e Televisão (Abert), Pedro Jack Kapeller, pela Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner) e Carlos Alberto Nanô, pela Central de Outdoor, subscrevem o Estatuto Social do Conar elaborado por João Luiz Faria Netto, na ocasião diretor-executivo da ANJ" (Linha do tempo do CONAR e do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <*http://www.conar.org.br/*>. Acesso em: 20 nov. 2013).

[19] Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos: (...) §2.º Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais à reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a pré-

via e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for: I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como *recurso criativo*; e II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (BRASIL. Projeto de Lei n. 3133/2012. Altera a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências". Deputado Federal Nazareno Fonteles. Disponível em: <*http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039*>. Acesso em: 20 nov. 2013).

[20] Como asseverou André R. Bertrand "*leur exercise n´est pas limité dans les temps. Il est transmissible par héritage et les descendants de l´auteur, même s´ils ne sont pas investis à titre particulier du droit moral de l´auteur, conservent toujours le droit de faire respecter le droit à la paternité te à la intégrité de leur ancêtre sur ses oeuvres*" (Cf. André R. Bertrand. *Droit d´Auteur*. 3ª ed. . Paris: Dalloz, 2010. p. 223).

[21] A esse respeito indicamos texto sobre pontos convergentes e divergentes no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Direitos Autorais (MORATO, Antonio Carlos. *Aspectos convergentes e divergentes entre a proteção ao consumidor e aos autores e titulares de direitos conexos*. In: Renan Lotufo; Fernando Rodrigues Martins. (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor : conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 403-437).

João Carlos Muller Chaves*

Devo confessar que sou apaixonado por Direito Autoral, antes mesmo de cursar a Faculdade de Direito, e sinto-me tão ligado ao tema a ponto de ter participado dos trabalhos preparatórios da Lei no 5.988 e da Lei no 9.610, fora outros trabalhos, dos quais eu consegui desincumbir boa parte.

As Constituições do Brasil, com exceção da 1937, contemplaram os direitos dos autores dispondo o texto vigente, inciso XXVII do art. 5º: "Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar." Esse texto é inferior ao texto da Constituição de 1967, simplesmente falava em utilizar, porque reproduzir e utilizar são aproveitamentos e, sem dívida, é limitativo.

A mesma Constituição no inciso IX do art. 5º, estabelece que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, sendo que essas duas garantias constitucionais espelham-se e refletem ao art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1946. Segue o art. 17:

> I. Todo homem tem o direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios;
>
> II. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja titular.

O item I é completado pelo art. 19: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações de ideias por qualquer meio,

*xxx.

independentemente de fronteiras." Existe conflito entre esses dispositivos? Ao meu ver, dificilmente o conflito ocorrerá, desde logo vale notar que se existisse conflito os dispositivos não conviveriam no mesmo artigo de Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é muito mais explícita e direta no que diz respeito à proteção autoral do que na participação da vida cultural. O que praticamente elimina esses conflitos é que o Direito Autoral como todos os direitos, até o direito à vida, é sujeito a limite e exceções. No caso autoral previsto na própria Lei no 9.610, tais limites, além do mais importante deles a limitação do tempo, o Direito Autoral não é perpétuo, estende-se até 70 anos após a morte do autor, pequenas exceções para obras como cinema, mas não é o fundamental.

Consta nos arts. 46 e 48, e são basicamente derivados das necessidades de acesso à informação e à cultura, entretanto, nenhuma lei interna dispõe sobre os parâmetros para o estabelecimento de tais limites, os quais, porém, consta na Convenção Berna de 1986 no texto de sua revisão em Paris aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo no 94 de 1984 e promulgada pelo Decreto no 75699 de 1975. Dispõe o art. 91: "Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor".

Não há discrepância nas doutrinas e nem nos tribunais, inclusive internacionais, para que o direito exclusivo de reprodução possa ser afastado e Berna falou em reprodução em 1886. A data da convenção era o Direito Autoral, não se existia, não se reconhecia execução pública, adaptação para cinema, não havia cinema, agora gravação mecânica, não havia gravação musical, então era basicamente reprodução. Afasta-se o Direito a acumulação de três condições, que se tratam de casos especiais, que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra, nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

A verificação da ocorrência ou da concorrência dessas três condições é o que a comunidade autoral teria dominado de teste tríplice derivado do art. 9, específico para o direito da reprodução, e que agora se aplica a todos os direitos exclusivos conforme dispõe o art. 13 do acordo sobre aspectos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Este acordo integra aquele que constituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC), e no Brasil foi promulgado pelo Decreto no 1.355 de setembro de 1994. Nesse momento, cabe uma referência a um caso concreto de aplicação dessa regra, em 1998, os Estados Unidos promulgaram uma Lei que isentava certos estabelecimentos, como bares e restaurantes do pagamento de direitos de execução pública musical em função de sua metragem quadrada e do número de aparelho de som.

A sociedade irlandesa Ingro dirigia o governo de seu país e solicitou à comissão europeia a instalação de um painel na OMC alegando que a Lei Americana contrariava a letra da Convenção de Berna. A OMC, depois de longa e minuciosa análise, considerou que a legislação contrariava o teste tríplice e determinou que os Estados Unidos precisava identificar-

se até junho de 2001, como isso não ocorreu, discuti-se, ou se discutia até a mais recente notícia uma compensação pecuniária aos autores irlandeses. Com essa lei que limitava pelo tamanho do estabelecimento e pelos números de aparelhos, praticamente desaparecia a arrecadação de Direitos Autorais de música irlandesa nos bares de Nova York.

Existe, pois, um limite para as limitações, e o nosso País comprometeu-se a observá-lo. Não posso, por isso, aceitar a posição dos que defendem a legitimidade da troca não autorizada de arquivos pela internet. Em 2001, quando Napster ainda funcionava irregularmente, que posteriormente foi comprado pela BMG, e hoje funciona legalmente, mas ninguém quer pagar. Nesse mesmo ano, foram feitos somente no mês de fevereiro dois bilhões e setecentos e noventa milhões de downloads, segundo o *Jornal do Brasil*, caderno B, edição de 27 de julho de 2001, enquanto de acordo com a *Internacional Federation of the Phonographic Industry* (IFPI) durante todo o ano de 2000 foram vendidos no mundo cerca de dois milhões quinhentos milhões de suportes, entre CDs, minicassetes, cassetes, e longplays. Trata-se de um caso especial que não prejudica a exploração da obra, nem causa prejuízo injustificado do interesse do autor, claro que não, esse tipo de uso é claramente um uso que lesa os titulares de direitos. Em junho de 2004, Senhor William Fisher declara que: "Se deve encorajar artistas a desafiar a Lei de Direito Autoral". Abdicar de seus direitos não é desafiar a lei, e não se valer dela, Hiering ou Kelsen, dizia: "Quem não exerce, quem não defende os seus direitos, não merece tê-los".

As limitações elencadas nos artigos 46, 47 e 48 da Lei Autoral podem se ampliadas, sempre que se respeitem a Constituição Federal e os tratados internacionais firmados pelo Brasil, inclusive porque na Constituição, os direitos, parágrafo 2º do art. 5º: "Os direitos e garantias expressas da Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Houve no Código Civil um momento em que era permitido a cópia de uma obra literária feita a mão, começava com a máquina de escrever, hoje já se admite xerox. Essa é uma limitação que vai ter de ser reformada, porque a preocupação dos livreiros levou à Lei do Legislador no 9.610 de 1998, que limita a pequenos trechos, mas afinal, como é que uma pessoa vai reproduzir um pequeno trecho de um poema? Um poema, como *Lusíadas*, perde o sentido literalmente. A permissão para se produzir livros em braile foi da lei de 1998, não existia a limitação ao Direito Autoral. O que tem de comandar esse possível conflito para evitá-lo, é o bom senso, que raramente diverge da aplicação dos direitos, e se divergir algo está errado.

É curioso observar, partindo da característica de direito de personalidade que compõe a estrutura de uma pessoa e está se tornando cada vez mais rés, a tal ponto que as nações mais poderosas recentemente deslocaram parcial, mas substancialmente o controle sobre as decisões sobre o Direito Autoral da Organização Mundial da propriedade intelectual OMPI para OMC. O acordo que criou a OMC contém esse anexo a que me referi, e suas doutrinas importam na adesão aos princípios

substantivos das convenções, não pelo o de Berna, como também a Convenção de Roma sobre os direitos conexos. Hoje, são incorporações de mais 100 países.

A propriedade intelectual tornou-se o grande negócio do século XXI, quem acompanha o desenvolvimento da economia global percebe que hoje o poder, a massa de dinheiro não estão mais nas mãos da General Motors, da Ford e da General Electric. Não são os grandes produtores de matéria física, aqueles que têm os seus arquivos mais valorizados, mas sim, são os produtores de matéria protegida do Direito Autoral, o que inclui inclusive o Software. O programa de computador é equiparado a obras literárias, está protegido independentemente de registro de qualquer formalidade, e isso significa bilhões e bilhões de dólares de movimento no mundo todo. Basta dizer que o homem mais rico do mundo é o titular da maior parte da empresa Microsoft, que produz programas de computador, essa é a grande virada do século XXI inaugurada já no final do século XX. Afinal, os donos da internet ganham dinheiro?

Gosto de invocar a imagem da autopista da informação, que se usava antigamente, apesar de se usar pouco atualmente, é muito próprio. Essas autopistas não cobram pedágio em geral, seu uso é livre, entretanto, como as autopistas reais podem ostentar anúncios em suas margens, quanto mais matérias circulam por tais estradas da informação, mais atrativo se torna a colocação do *outdoor* que na linguagem na internet se chamam banners, que são os anúncios da internet.

A utilização desse material mais atrativo, que é a música e o audiovisual, importa em licença de utilização, e, portanto, pagamento de direitos. Isso explica em grande parte o movimento internet livre, tem quem o mova, é possível que isso evidencie também, porque um dos maiores financiadores do projeto abrigado no Brasil pela Fundação Getúlio Vargas, um direito da fundação, é o Google. A contradição, na verdade, é mais de ordem econômica do que ideológica, como agir diante desse controle que se exerce sobre a produção do conhecimento e sobre direito de acesso ao mesmo conhecimento? A que se aplicar a proporcionalidade do bem da vida maior a ser protegido? Esse equilíbrio compete ao Poder Judiciário, não há lei capaz de prever tudo, e seria até indesejada, quando mais a lei detalha, mas se escapa a lei.

Apoio Institucional

Bulhões & Advogados Associados

Banco do Brasil

Confederação Nacional da Indústria

Confederação Nacional do Transporte

Sindireceita